Das privatrechtliche Begräbnisrecht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der hohen Juristischen Fakultät der Königlichen Universität Marburg

eingereicht von

Otto Walter Wüst

Referendar in Lennep (Rheinland).

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1913.

Referent: Professor Dr. F. Leonhard.

Meinen Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Aron in Egers Eisenbahnrechtlichen Entscheidungen Bd. 14 S. 184.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. 1886.

Beutinger, Handbuch der Feuerbestattung. 1911.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Teil 1 1901, Teil 2 1903, Teil 3 1905.

Binding, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. Besonderer Teil.

Boschan, Die Nachlaßsachen in der gerichtlichen Praxis. 1905.

Borcherdt, Das Erbrecht und die Nachlaßbehandlung. 1901.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 2. 2. Aufl. 1879.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1910.

Cramer, Die Behandlung des menschlichen Leichnams im Zivil- und Strafrecht. 1885.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Erbrecht. 1912.

Crusen, Der strafrechtliche Schutz des Rechtsgutes der Pietät. In den Abhandlungen des kriminalistischen Seminars zu Halle Bd. 2. 1890.

Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechtes. 1908.

Dernburg, Das Sachenrecht 1908, Deutsches Familienrecht 1903 und Deutsches Erbrecht 1905.

Dernburg, Pandekten. Bd. 2. 1900.

Die Flamme. Zeitschrift zur Förderung der Feuerbestattung im In- und Auslande. 1905—1912.

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. (zit.: OLG.)

Eccius, Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften des Erben in Verwaltung des Nachlasses. In Gruchots Beiträgen Bd. 51 S. 564 ff.

Eger, Das Reichshaftpflichtgesetz. 1906.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1 1903, Bd. 2, 1 1905, Bd. 2, 2 1908, Bd. 3 1899.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 1 1909, Bd. 1, 2 1910.

Entscheidungen des Kgl. Obertribunals. Bd. 73. S. 69. (zit.: OTr.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (zit.: RG.)

Entscheidungen des Reichsgerichts. In Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Entscheidungen des Reichsgerichts und Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Im Recht.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1888.

Fischer-Henle, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1906.

Friedhofsordnung, betr. das Friedhofs- und Bestattungswesen in Frankfurt a. M. v. 3. 5. 1907 mit Novelle v. 6. 8. 1912.

Friedhofs- und Begräbnisordnung der evang.-luth. Gemeinde zu Elberfeld. 1903.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1908.

Frommhold, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.

Gareis, Das Recht am menschlichen Körper. Sonderdruck 1900.

Gareis, Über Rechtsverhältnisse an Begräbnisstätten. In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung Bd. 70 S. 308 ff.

Gierke, Deutsches Privatrecht. 1905.

Hellwig, Albert, Gerichtliche Medizin und Feuerbestattung. 1910.

Hölder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgem. Teil. 1900.

Jaeger, Ernst, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs im neuen Reichsrecht. 1898.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts. Bd. 26. S. 111.

Josef, Das Recht am Leichnam. In der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern Bd. 1 S. 122 ff.

Josef, Friedhofsrecht. Im Recht 1903 S. 91 ff.

Josef, Nochmals die testamentarische Anordnung der Leichenverbrennung. Im Recht 1905 S. 103.

Justizministerialblatt. 1842.

Kipp, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 3. Abt.: Das Erbrecht. 1911.

Koch, Kommentar zum Landrecht. 8. Aufl.

Kommentar von Reichsgerichtsräten, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1910.

Kramer, Über das Recht in bezug auf den menschlichen Körper. 1887.

Kretzschmar, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1910.

Leonhard, Bürgerliches Gesetzbuch, Erbrecht. 1912.

Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. 2. 1896.

Marcus, Kann testamentarisch die Leichenverbrennung rechtswirksam angeordnet werden? Im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat 1905 S. 767.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. 2 Bde. 1899.

Merkel, Die rechtliche Natur des menschlichen Leichnams. Im Sächsischen Archiv für deutsches bürgerliches Recht Bd. 14 S. 677 ff.

Ministerialblatt für die gesamte innere Verwaltung in den preußischen Staaten. 1844.

Mittelstein, Mensch und Leichnam als Rechtsobjekt. In Goltdammers Archiv für Strafrecht Bd. 34 S. 179 ff.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1888.

Mumm, Die Beerdigungskosten der im Wochenbett verstorbenen Mutter eines unehelichen Kindes. Im Recht 1901 S. 253 ff.

Opet-Blume, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1906.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Erbrecht 1908, Einführungsgesetz 1906.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1898.
Rausnitz, Das Recht am menschlichen Leichnam und das Recht der Anatomie. Im Recht 1903 S. 503.
Regelsberger, Pandekten. 1893.
Sandheim, Kann testamentarisch die Leichenverbrennung rechtswirksam angeordnet werden? Im Recht 1905 S. 43.
Schultheis, Über die Möglichkeit von Privatrechtsverhältnissen am menschlichen Leichnam und Teilen desselben. 1888.
Schwarz, Rechtssubjekt und Rechtszweck. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 32 S. 42 ff.
v. Schwerin, Das Recht am Leichnam. In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung Bd. 70 S. 653 ff.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Erbrecht. 1911.
Staudinger, Vorträge aus dem Gebiete des Bürgerlichen Gesetzbuchs für Verwaltungsbeamte. 1900.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. 1. 3. Aufl. 1893.
Strohal, Das deutsche Erbrecht. Bd. 1 1903, Bd. 2 1904.
v. Tuhr, Der allgemeine Teil des bürgerlichen Rechts. 1910.
Walther, Über Leichenbestattungskosten. In der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß Neue Folge Bd. 17 S. 364 ff.
Weißler, Das deutsche Nachlaßverfahren. 1900.
v. Wilmowski-Kurlbaum, Deutsche Reichskonkursordnung. 1906.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1 7. Aufl., Bd. 2 9. Aufl.
Witte, Alimentationspflicht des unehelichen Erzeugers. In der Deutschen Juristenzeitung 1904 S. 987 ff.
Wittken, Rechtsverhältnisse der Kirchhöfe, einschließlich der erblichen Familienbegräbnisse. In Gruchots Beiträgen Bd. 26 S. 662 ff.

I. Einleitung.

Seit Menschengedenken werden die Toten bestattet. Nur die Bestattungsformen sind und waren bei den einzelnen Völkern zu allen Zeiten verschieden. Die Bestattung der Toten ist vom sittlichen, ästhetischen und hygienischen Standpunkte aus eine sich von selbst verstehende Notwendigkeit. Die sich auf sie beziehenden staatlichen Vorschriften, die man unter dem Begriff des Begräbnisrechtes zusammenfassen kann, gehören in zahlreichen, man darf wohl sagen überwiegenden, Beziehungen dem öffentlichen Rechte an, sind Landesrecht und daher in den einzelnen Bundesstaaten verschieden. Es gehören unter anderen hierher z. B. die Vorschriften über die Beerdigungspflicht, wann und wo der Tote bestattet werden darf und muß, über das Recht auf ein ehrliches Begräbnis (preuß. ALR. II, 11 § 188), über das sogen. Gastrecht der Toten, d. h. die Pflicht der verschiedenen Kirchengesellschaften, den Angehörigen fremder Religionsparteien in Ermangelung eigner Kirchhöfe das Begräbnis zu gestatten (preuß. ALR. II, 11 § 189 und dazu MinBl. f. d. inn. Verw. 1844 S. 239), über die zulässigen Begräbnisplätze, über die Notwendigkeit der Staatsgenehmigung zur Anlage von Kirchhöfen, über ihre Unterhaltung, Verlegung und Schließung, ferner über die Zulässigkeit der Feuerbestattung, die Errichtung von Krematorien, und ob und unter welchen Bedingungen die Erben der Friedhofsverwaltung gegenüber die Befugnis zur Ausgrabung einer Leiche haben.

Privatrechtlich interessieren bezüglich des Begräbnisrechtes nur die Fragen:

1. wer die Kosten der Beerdigung bezw. Feuerbestattung eines Verstorbenen zu tragen und deshalb demjenigen, welcher die Beerdigung vornimmt, diese Kosten zu ersetzen hat;

2. die Frage nach der Gültigkeit und Rechtswirksamkeit von Verfügungen über den Leichnam seitens des Erblassers oder event. der überlebenden sowie von Anordnungen über die Art und Weise des Begräbnisses und
3. nach den Rechtsverhältnissen an Begräbnisstätten.

Die vorliegende Arbeit soll die privatrechtlichen Fragen behandeln. Die öffentlichrechtliche Seite des Begräbnisrechts wird nur insoweit Erwähnung finden, als es zum Verständnis erforderlich erscheint oder wo der Zusammenhang des privaten und öffentlichen Rechtes — wie z. B. bei der Frage nach den Rechtsverhältnissen an Begräbnisstätten — ein derartig enger ist, daß man das öffentliche Recht ohne Beeinträchtigung der Klarheit nicht unerwähnt lassen kann.

Wo reichsrechtliche Bestimmungen fehlen und daher die Landesgesetze zur Anwendung kommen, oder da, wo die Reichsgesetzgebung direkt auf die Landesgesetzgebung verweist, findet vornehmlich das preußische Recht Berücksichtigung.

II. Die Beerdigungskosten.[1]

1. Umfang der Beerdigungskosten.

Der Begriff der Beerdigungskosten ist im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht näher bestimmt. Er steht daher nicht fest und ist begreiflicherweise großen Schwankungen unterworfen, je nach der sozialen Stellung des zu Bestattenden.

Man hat zwar an vielen Orten, besonders in den größeren Städten, versucht, die Begräbnisse nach dem Vermögen und Stand des Verstorbenen in Begräbnisordnungen zu klassifizieren und so den Aufwand im voraus zu regeln. Nach diesen Ordnungen

[1] Wenn in diesem Abschnitt von Beerdigungskosten gesprochen wird, so umfaßt dieser Begriff nicht nur die Kosten für die „Beerdigung“, vielmehr sind allgemein die Kosten für die Bestattung darunter zu verstehen, also z. B. auch Feuerbestattung. Wenn der Ausdruck wörtlich gebraucht werden soll, geht dies aus dem Zusammenhange hervor.

übernehmen besondere Beerdigungsinstitute, oder wie in Frankfurt a. M. das Städtische Friedhofsamt, Beerdigungen und Feuerbestattungen zu bestimmten Gebühren, die sich richten nach der letzten Staatseinkommensteuer und verschieden sind bei der Beerdigung von Erwachsenen und Kindern.[1]) Begreiflicherweise aber enthalten diese Gebühren nur die notwendigsten Leistungen, wie Dienstleistungen des Bestattungsordners und der Leichenfrau, Sarg und Einsargung, Überführung der Leiche nach dem Friedhofe und zum Grabe, die Benutzung der Leichenhallen und der Hallen zur Abhaltung von Trauerfeiern, die Herstellung und Schließung des Grabes und die Einsenkung des Sarges, event. Einäscherung der Leiche und Beisetzung des Aschenrestes.[2]) Der ganze übrige Aufwand, der bei einer Beerdigung notwendig ist, wie z. B. Traueranzeigen, Blumenschmuck, Grabdenkmal usw., der, wie wir weiter unten sehen werden, zu den hier zu erörternden Beerdigungskosten zu rechnen ist, bleibt dabei unberücksichtigt, so daß also selbst da, wo solche Begräbnisordnungen bestehen, der Begriff der Beerdigungskosten schwankend ist und so immer wieder in einzelnen Fällen Veranlassung geben kann, die Entscheidung der Gerichte anzurufen. Wer einen Toten, ohne dabei auf finanzielle Interessen dritter Personen Rücksicht nehmen zu müssen, aus eigenen Mitteln bestatten läßt, wie z. B. der Vater sein Kind, das Kind seine Eltern, der Ehemann seine Frau, die kinderlose Witwe ihren Ehemann, der letzte Sprosse eines Hauses seinen Verwandten, ein Mäcen den Künstler oder Gelehrten usw., der darf sich natürlich jeden Aufwand ungescheut erlauben, soweit dadurch nicht das Gefühl für Anstand und Schicklichkeit verletzt wird oder gesetzliche Bestimmungen und gültige Vorschriften der bestehenden Begräbnisordnungen entgegenstehen; selbst dann, wenn dieser Aufwand die herrschende Sitte weit überschreiten sollte.

Ganz anders liegt der Fall, wenn die Beerdigung auch nur teilweise unter Berücksichtigung fremder Vermögensinteressen vor-

---

[1]) Nach § 14 der Friedhofsordnung von Frankfurt a. M. schwanken die Gebühren bei Beerdigungen Erwachsener zwischen 30 u. 150 Mk. Bei Kindern von 4 bis 14 Jahren zwischen 20 u. 75 Mk., bei solchen unter 4 Jahren zwischen 12 u. 50 Mk. Bei Feuerbestattungen erhöhen sich diese Gebühren um 10 Mk.

[2]) § 13 der Frankfurter Friedhofsordnung.

zunehmen ist. Hier sind dann selbstverständlich Beschränkungen nötig, von denen in jenem Fall keine Rede ist.

Das Bürgerliche Gesetzbuch sagt im § 1968: „Der Erbe trägt die Kosten der standesmäßigen Beerdigung des Erblassers“. Geregelt wird hierdurch nur die Frage nach der Tragung der Beerdigungskosten. Ganz unberührt bleiben durch diese Vorschrift die schon eingangs erwähnte publizistische Beerdigungspflicht, ferner die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Erbe hinsichtlich der von ihm verausgabten Kosten einen Ersatzanspruch gegen einen Dritten hat.[1]) Wann eine Beerdigung standesgemäß ist, d. h. was alles zu einer standesmäßigen Beerdigung gehört, ist Frage der Auslegung und je nach dem Stande des Erblassers, auch den Ortsgebräuchen am Beerdigungsorte ganz verschieden. Praktisch wird die Frage nur in den Fällen, wenn ein anderer als der zur Tragung der Kosten Verpflichtete die Beerdigung besorgt hat und Ersatz seiner Auslagen von dem Verpflichteten verlangt, oder wenn der Erbe oder der Testamentsvollstrecker die Beerdigung besorgt hat, dann aber Nachlaßkonkurs beantragt hat. Im letzten Fall sind die Ausgaben für die Beerdigung nach § 224 Ziff. 2 KO. Masseschulden, jedoch nur soweit sie unter den Begriff der „Beerdigungskosten“ fallen und „standesmäßig“ waren.

Ob der Erblasser vor oder (was denkbar ist) nach der Konkurseröffnung beerdigt wird, begründet nach unserem Gesetz keinen Unterschied. Auch im letzteren Falle werden sonach die Aufwendungen eines standesmäßigen Begräbnisses und nicht nur „die mit der Beerdigung unvermeidlich verbundenen Auslagen“ (so die österr. KO. § 43 Ziff. 1) den Masseschulden zugezählt.[2])

Standesmäßig ist die Beerdigung, wenn die Art der Beerdigung der Lebensstellung des Verstorbenen entspricht. Nicht etwa ist die Lebensstellung des Erben maßgebend. Dies ergibt sich durch Analogie unzweifelhaft aus dem § 1610 BGB., wo das Gesetz ausdrücklich sagt: „standesmäßiger Unterhalt bestimmt sich nach der Lebensstellung des Bedürftigen“. Und zwar sind maß-

---

[1]) Hierüber s. unter II, 3.

[2]) Jaeger, Erbenhaftung S. 77.

gebend die Standesverhältnisse zur Zeit des Todes. Bei dem Umfang der Kosten ist auf die Ortssitten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.[1] Ob auch die Vermögensverhältnisse des Erblassers in Betracht gezogen werden müssen, davon steht im Gesetz direkt nichts.[2] Wenn nun zwar regelmäßig Stand und Vermögensverhältnisse entsprechend zu sein pflegen, so lehrt doch die Erfahrung, daß auch das Gegenteil der Fall sein kann. Wollte man also die Vermögensverhältnisse des Erblassers ganz außer acht lassen,[3] so wäre die Folge, daß unter Umständen ein Erbe eine Beerdigung zu bestreiten hätte, die in keinem Verhältnis zu dem Nachlaß stände, ja diesen vielleicht sogar übersteigen würde.

Nach v. Wilmowski-Kurlbaum[4]) muß für die Frage, was der „Stand", die Lebensstellung erforderte, auch die vielleicht erst bei dem Erbfall zutage getretene, wahre Vermögenslage des Verstorbenen in Betracht gezogen werden. „Der Spekulant, der eine glänzende Lebenshaltung geführt und, um diese beim Zusammenbruch seines Vermögens nicht aufgeben zu müssen, sich das Leben genommen hat, hat in Wahrheit nicht den Stand gehabt, den er zur Schau trug. Andererseits kann die bloße Tatsache der Eröffnung des Nachlaßkonkurses, des Umstandes also, daß die Nachlaßgläubiger das ganze Vermögen des Verstorbenen für ihre Befriedigung in Anspruch nehmen, nicht in allen Fällen dazu führen, den Erblasser als in seiner Lebensstellung gemindert anzusehen. Abgesehen davon, daß die Überschuldung des Nachlasses auf die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zurückzuführen sein kann, daß bei einem Fortleben des Erblassers die vorhandene Überschuldung keineswegs zu einer Zahlungseinstellung zu führen braucht, sind auch die außer den materiellen

---

[1]) Mot. Bd. 5 S. 535; Staudinger, Vorträge S. 87; Planck 2, Frommhold 4, Leonhard II, Komm. d. RGRäte 2 zu § 1968; Crome S. 580; Boschan Bd. 2 S. 302 f.

[2]) Diese Frage hängt mit der anderen Frage zusammen, welchen Charakter die in bezug auf die Beerdigung eingegangenen Verbindlichkeiten haben; s. darüber den folgenden Abschnitt.

[3]) Dies will Boschan a. a. O. Auf dessen Ausführungen gehe ich im folgenden Abschnitt näher ein.

[4]) 3 zu § 224 KO.

Verhältnissen einen Stand, eine Lebensstellung verleihenden Umstände von maßgebender Bedeutung". Sollte sich also herausstellen, daß die Vermögensverhältnisse des Verstorbenen zerrüttet sind, so wäre diese Tatsache m. E. geeignet, das Maß der Beerdigungskosten im Interesse der Nachlaßgläubiger zu beschränken, und zwar ganz allgemein, einerlei ob es sich wie in dem von dem genannten Schriftsteller erwähnten Beispiel um einen Spekulanten oder ob es sich um einen geachteten Mann, einen gefeierten Künstler, Gelehrten oder sonst eine bedeutende Persönlichkeit handelt.[1])

Aber auch im umgekehrten Fall müssen die Vermögensverhältnisse zur Zeit des Erbfalles in Betracht gezogen werden, wenn sie auch nicht, wie wir schon eben festgestellt haben, allein ausschlaggebend sind. Zuweilen kommt es vor, daß jemand in sehr „bedrängten Verhältnissen" stirbt und bei seinem Tode finden sich mehrere 1000 Mk. vor, die der betreffende, vielleicht aus krankhaftem Geiz, aufgespart und unberührt gelassen hat. Nun will ich zwar nicht behaupten, daß dieser hier überraschend stattliche Nachlaß geeignet wäre, den „Stand" des Erblassers zu erhöhen; immerhin scheint es mir aber durchaus billig, daß mit Rücksicht auf diesen Nachlaß, wie Endemann (Bd. 3 S. 398) sehr treffend sagt, „nach dessen Mitteln" für eine angemessene Bestattung des Erblassers zu sorgen ist. Das Maß des „Standesgemäßen" läßt sich eben nicht festlegen, sondern muß nach den konkreten Umständen und unter besonderer Berücksichtigung der Ortssitte am Beerdigungsort gefunden werden.

Im übrigen ist für den Begriff der Beerdigungskosten der gewöhnliche Sprachgebrauch maßgebend. Nach diesem umfaßt die Beerdigung nicht nur die eigentliche Beisetzung, sondern auch solche Handlungen, welche nach herrschenden Gebräuchen die Beisetzung würdig und feierlich gestalten sollen. Aber darüber hinausgehende Maßnahmen, mögen sie auch durch den Tod veranlaßt sein, rechnen nicht zur Beerdigung.[2])

---

[1]) Natürlich unter der Voraussetzung, daß der Erbe nicht gewillt ist, die Beerdigung aus eigener Tasche zu bezahlen; denn in diesem Falle sind natürlich der Höhe des Beerdigungsaufwandes keine Grenzen gesetzt; vgl. oben S. 3.

[2]) vgl. hierzu OLG. im Rhein. Arch. Bd. 103 N. F. Bd. 1 Nr. 43.

Im einzelnen gehören hiernach folgende Ausgaben zu den Beerdigungskosten oder sind doch unter Umständen nach Lage des einzelnen Falles zu den Beerdigungskosten zu rechnen:

1. Gewisse absolut notwendige Ausgaben zur Beisetzung, wie die Kosten für:

Kleidungsstücke des Toten, Reinigung und Einkleidung der Leiche,

Sarg,

Fortschaffung des Leichnams aus dem Sterbehause nach der ihm bereiteten Grabstätte,

den Begräbnisplatz und dessen Öffnung und Schließung.

Nach den oben entwickelten allgemeinen Gesichtspunkten gehört unter Umständen auch hierher der „Kaufpreis"[1]) für den Grund und Boden eines Erb- oder Familienbegräbnisses, ebenso der Aufwand für ein etwaiges Ausmauern und Wölben der Grabstätte.

2. Gewisse relativ notwendige Ausgaben, d. h. solche, die durch besondere Umstände nötig geworden sind, wie:

die Kosten für den Transport einer Leiche nach ihrer Heimat bezw. einer anderen vom Orte des Todes verschiedenen Gegend, wenn z. B. dort ein Familienbegräbnisplatz besteht. Ob diese Kosten unter die Beerdigungskosten zu rechnen sind, läßt sich nicht im allgemeinen beantworten, ist vielmehr im einzelnen Fall nach dem Stande und den Verhältnissen des Verstorbenen zu beurteilen, je nachdem ein solcher Transport zu einer standesgemäßen Beerdigung an einem entsprechenden Orte angemessen war oder nicht. (Nach RG. Bd. 66 S. 308 gehören nur die Kosten einer notwendigen Überführung der Leiche anderswohin zu den Beerdigungskosten);[2])

die Kosten für zeitweilige Beisetzung einer Leiche, z. B. wenn der Errichter eines noch im Bau befindlichen Erbbegräb-

---

[1]) s. hierüber unter V, 2.

[2]) Staudinger 3, Leonhard II zu § 1968; Mot. Bd. 4 S. 699; Prot. Bd. 5 S. 494; OLG. Bd. 24 S. 64; Boschan S. 302 ff., 3; Crome S. 580; OLG. Stuttgart in WürttZR. 1910 S. 377; v. Wilmowski-Kurlbaum 3 zu § 224 S. 584; Komm. d. RGRäte 2 zu § 1615.

nisses stirbt und die Leiche aus sanitären Gründen nicht bis zur darin möglichen Beisetzung über der Erde aufbewahrt werden kann.

3. Der Aufwand, der vor, während oder nach dem Leichenbegängnisse üblich ist, wie:

die Kosten der Todesanzeigen, sowohl in Form der öffentlichen Bekanntmachung in Zeitungen als auch besondere Mitteilungen an Verwandte und Freunde (da, wo es üblich ist, den Todesfall durch sogen. Leichenbitter — Leichenansager — mitzuteilen, auch der Lohn für diese). Denn diese Anzeigen geben den Tod und zugleich die Zeit des Begräbnisses bekannt und dienen so, indem sie Dritten Gelegenheit zur Beteiligung an der Beerdigung geben, dazu, die Feierlichkeit der Beerdigung zu erhöhen;[1])

Trauerausschlag im sogen. Paradezimmer;

Blumen und Kränze;

die Kosten der Trauerkleider für die Bedienung. Diese gehören zur Trauerfeier; denn es wäre unschicklich und eine gewisse Mißachtung gegen den Verstorbenen darin zu erblicken, wenn die Bedienung, während die Angehörigen in tiefer Trauer einhergehen, in bunten Kleidern umherläuft, was besonders stören würde, wenn, wie es zuweilen üblich ist, eine Trauerfeier im Hause abgehalten wird. Aus dem Dienstvertrage läßt sich die Verpflichtung der Dienstboten, etwa auf eigene Kosten zu trauern, gewiß nicht herleiten. Auch kann man es als eine allgemeine Sitte bezeichnen, daß die Bedienung eines Verstorbenen aus seinen Mitteln mit den notdürftigsten Trauerkleidern versehen wird.

Nicht so allgemein wie die Trauerkleider der Dienstboten sind die Trauerkleider der Angehörigen unter die Beerdigungskosten zu rechnen. Denn diese sollen in erster Linie der Trauer der Hinterbliebenen äußeren Ausdruck geben, während der Gesichtspunkt, die Feierlichkeit der Beerdigung zu erhöhen, hierbei wesentlich zurücktritt. Nur dann wird man auch diese Trauerkleider zum Aufwande der Beerdigung rechnen können, wenn z. B. die Teil-

---

[1]) Leonhard II zu § 1968; Boschan a. a. O.; OLG. Köln im Rhein. Arch. Bd. 103 Nr. 43.

nahme der Witwe am Leichenbegängnisse Brauch und diese selbst vermögenslos ist, aber auch hier natürlich nur so weit, als wie die Anschaffung der Kleider zu dieser Teilnahme an der Beerdigung erfolgte;[1]

Vergütung für Trauergeläute, Messelesen, Trauermusik (die sogen. Stolengebühren — Vergütung an Geistliche — kennt das heutige Recht nicht mehr);

Belohnung für Träger und Totengräber;

Kosten der erforderlichen *Beleuchtung* des Leichenzuges, wenn es nach Sitte oder Vorschrift üblich ist, die Leichen nach Einbruch der Dunkelheit oder vor Tagesanbruch zu bestatten;

die Kosten für ein *Leichenmahl* (Leichenschmaus), wie es in einigen Gegenden, besonders auf dem Lande und im Osten, heute noch Brauch ist, wegen der teilweisen recht großen Entfernung, die die Teilnehmer am Leichenzuge zurückzulegen haben;

die ordnungsmäßige *Instandsetzung* der Grabstätte. *Dagegen* gehören *nicht* zu den Beerdigungskosten die Kosten für die *dauernde Unterhaltung* und Pflege der Grabstätte. Denn die Ausgaben hierfür haben mit der Beerdigung selbst gar nichts zu tun.[2]

Fraglich ist es, ob die Kosten für ein *Grabdenkmal* hierzu zu rechnen sind. Die Motive (Bd. 5 S. 356) sagen hierüber: „Mit dem sächs. BGB. § 2314 auch der Kosten für ein Grabdenkmal des Erblassers zu gedenken, besteht kein hinreichendes Bedürfnis“. Hieraus schließt eine Anzahl Schriftsteller,[3] daß es ausdrücklich der Wille des Gesetzgebers gewesen sei, die Kosten für ein Grabdenkmal *nicht* zu den Beerdigungskosten zu rechnen.

---

[1] Wie hier im wesentlichen: *Leonhard* a. a. O.; *Boschan* a. a. O.; *Kretzschmar* S. 343; *Frommhold* 3 zu § 1968; *Walther* S. 425 u. 401; OLG. Bd. 14 S. 290; *Jaeger* 4 zu § 224 KO.; v. *Wilmowski* 3 zu § 224; *Jaeger*, Erbenhaftung S. 77; *Strohal* S. 177 N. 9. Anderer Ansicht *Staudinger* § 1968 Bem. 3; *Endemann* III S. 398 N. 11; *Weißler* S. 316, 11 b. Nach diesen gehören sie überhaupt nicht zu den Beerdigungskosten.

[2] Dies ist in der Literatur allgemein anerkannt; vgl. z. B. OLG. Hamburg im Recht 1902 S. 324 Nr. 1588.

[3] *Strohal* S. 177 N. 8; *Kretzschmar* S. 343; *Boschan* a. a. O.; *Planck* 2 zu § 1968; *Kipp* S. 178; BayObLG. im Recht 1906 S. 1081 Nr. 2512.

Die Kosten der Herstellung eines dem Stande des Erblassers entsprechenden Grabmals im Falle des Nachlaßkonkurses der durch § 224 KO. privilegierten Verbindlichkeit des § 1968 BGB. gleichzustellen, sei unangebracht.

Andere Gesichtspunkte seien für die Frage maßgebend, „ob nicht unter Umständen der Vorerbe die von ihm zur Errichtung eines Grabdenkmals für den Erblasser gemachten Auslagen dem Nacherben in Rechnung stellen könne, oder ob die vom Erbschaftsbesitzer § 2018 BGB. gemachten Auslagen dieser Art nicht möglicherweise im Sinne des § 2022 in Betracht kämen, oder ob ein Dritter, der als negotiorum gestor des Erben ein Grabdenkmal für den Erblasser errichtete, nicht nach § 683 Ersatz fordern könne".[1])

Entgegen dieser Auffassung bin ich der Meinung, daß die Kosten eines Grabsteins, und zwar sowohl die Kosten der Errichtung eines neuen Grabsteins als auch die Instandsetzung eines bereits vorhandenen Grabmals, ebenfalls zu den Beerdigungskosten zu rechnen sind. Dies verlangt schon der allgemeine Sprachgebrauch. Hiernach gehört zu einer vollständigen Beerdigung nicht nur, daß der betreffende Verstorbene der Erde übergeben wird, sondern auch, daß auf dem betreffenden Grabhügel kenntlich gemacht wird, wer darunter begraben liegt, was auf Grabsteinen zu geschehen pflegt. Selbstverständlich muß auch hier wieder für die Frage, ob ein prunkvolles Grabdenkmal am Platze ist oder ob ein einfaches Kreuz genügt, das allgemein Gesagte berücksichtigt werden, daß diese Kosten nur so weit in Betracht kommen, als die Errichtung und Ausführung der Lebensstellung des Erblassers, den berechtigten Anschauungen und den Verhältnissen entspricht.[2]) Den Kosten für ein Grabdenkmal sind auch die Kosten für ein Gitter oder sonstige monumentale Anlagen gleichzustellen.

Bisher unerwähnt blieben die Kosten einer Feuerbestattung — Einäscherung der Leiche, Urne und deren Beisetzung —, und es soll daher untersucht werden, wie es sich mit diesen verhält.

---

[1]) **Planck** a. a. O.; **Strohal** a. a. O.; **Crome** S. 581 N. 28.

[2]) Ebenso **Endemann** Bd. 3 S. 398; **Komm. d. RGRäte** 2 zu § 1968; OLG. Cöln a. a. O.; **v. Wilmowski** 3 zu § 224 KO.; **Leonhard** II zu § 1968; **Staudinger** 3 zu § 1968.

Die Mehrzahl der Schriftsteller[1]) vertritt hier den Standpunkt, daß diese Kosten wenigstens so weit unter den Begriff der Beerdigungskosten fallen, als sie die Kosten für eine standesgemäße Beerdigung in dem oben entwickelten Sinne vom § 1968 nicht übersteigen. Damit werden sie einer Grundidee gerecht, daß nämlich bei der Auslegung eines Gesetzes immer der wahre Sinn zu ermitteln ist. Wenn daher im Bürgerlichen Gesetzbuch an verschiedenen Stellen von „Beerdigungskosten" gesprochen wird, darf man nicht daraus folgern, daß die Feuerbestattung überhaupt ausgeschlossen werden soll. Denn einerseits gehört die Frage, ob die Feuerbestattung zugelassen oder ausgeschlossen werden soll, dem öffentlichen Rechte an,[2]) dem das Bürgerliche Gesetzbuch sicher nicht mit jenem Ausdruck hat vorgreifen wollen, und andererseits kann es unmöglich im Sinne des Gesetzes sein, daß eine zur Tragung der Beerdigungskosten verpflichtete Person, wenn Feuerbestattung erfolgt, ganz und gar kostenlos ausgehen soll. Man wird aber noch weiter wie die jetzt herrschende Meinung gehen und ohne Einschränkung sagen müssen, daß die im einzelnen Fall gerechtfertigte Feuerbestattung überhaupt unter den Begriff der standesmäßigen Beerdigungskosten fällt.[3])

Um einem Zweifel vorzubeugen, war bei der Abfassung des Gesetzes von seiten einiger Vereine für Feuerbestattung angeregt worden, statt von „Beerdigungskosten" von „Bestattungskosten" zu sprechen; man hat aber diesen Vorschlag abgelehnt, unter anderem mit der Begründung, daß zurzeit kein Bedürfnis bestehe, auf die Feuerbestattung Rücksicht zu nehmen, da dieselbe etwas Außergewöhnliches und mit besonderen Kosten verbunden sei.[4]) Wenn man die Entwicklung verfolgt, die die Feuerbestattung in den letzten 10 Jahren genommen hat, wird man aber ein anderes Bild von der Sachlage bekommen,[5]) und es wird sich daher de lege

---

[1]) Staudinger, Vorträge S. 86; Kipp S. 178; Fischer-Henle 2 zu § 1968; Leonhard II zu § 1968 und viele andere.

[2]) Staudinger, Vorträge S. 86.

[3]) So Endemann Bd. 2, 2 § 197 N. 42; Frommhold 3 zu § 1968; Komm. d. RGRäte 2 zu § 1968; Opet-Blume Bem. 3 zu § 1615.

[4]) Mot. Bd. 4 S. 699; Prot. Bd. 4 S. 494.

[5]) vgl. unter IV, 1.

ferenda empfehlen, um jeden Zweifel in dieser Frage auszuschließen, den Wortlaut des § 1968 zu ändern und an die Stelle von „Beerdigungskosten" den Ausdruck „Bestattungskosten" treten zu lassen. So hat der Entwurf zum neuen Strafgesetzbuch und zur Prozeßordnung den Ausdruck Begräbnis überall durch Bestattung ersetzt.

Die vielfach verbreitete Ansicht, daß die Feuerbestattung wesentlich teurer sei als die Beerdigung, ist irrig. Häufig wird der Preis einer Feuerbestattung allerdings durch ziemlich erhebliche Transportkosten der Leiche nach dem Krematorium beeinflußt. Jetzt aber, wo die Zulässigkeit der Feuerbestattung fast in allen Bundesstaaten allgemein anerkannt und geregelt ist, wo die Zahl der Krematorien immer mehr zunimmt — bis Ende 1912 waren im übrigen Deutschland 29 Krematorien in Betrieb; in Preußen sind augenblicklich mehr als 20 Einäscherungsanlagen im Bau bezw. in Vorbereitung —, werden diese Transportkosten sehr viel geringer und häufiger sogar ganz wegfallen. Wenn man dann weiter in Betracht zieht, daß die Feuerbestattung eine weit größere Ausnützung des Grund und Bodens zuläßt, indem es möglich ist, eine ganze Reihe von Urnen mit den Aschenresten in dem sonst für ein einziges Begräbnis bestimmten Platz beizusetzen, so ist es denkbar, daß die durch die Einäscherung selbst entstandenen Mehrkosten ausgeglichen werden, ja sogar, daß eine Feuerbestattung unter Umständen billiger als eine „Beerdigung" ist.[1] [2]

2. Charakter der Verbindlichkeit.

In Rom hatte derjenige, der die Beerdigung besorgt hatte, eine actio funeraria gegen denjenigen, der zur Bestreitung der Beerdigungskosten verpflichtet war, also meistens gegen den Erben. Der Prätor hatte diese actio gegeben, um zu verhüten,

---

[1]) Nach § 34 der Frankfurter Friedhofsordnung können auf jedem Familiengrabe 20 Aschenreste oberirdisch oder unterirdisch beigesetzt werden, wenn auf Benutzung derselben für Erdbestattung verzichtet wird. Neben Erdbestattungen können auf demselben bis zu 10 Aschenresten untergebracht werden.

[2]) Nähere Einzelheiten über die Entwicklung der Feuerbestattung finden sich in der zahlreichen Spezialliteratur. Vgl. auch unter IV, 1.

daß Leichname unbestattet blieben (l. 12 §§ 2, 3 D. 11, 7). Diese actio funeraria ware eine Abart der actio negotiorum gestorum und unterschied sich von der letzteren hauptsächlich dadurch, daß sie auch dann gewährt wurde, wenn der Geschäftsführer gegen das ausdrückliche Verbot des Geschäftsherrn gehandelt hatte, sofern ihn hierzu Pietätsrücksichten bestimmten (l. 14 § 13 D. 11, 7).[1])

Nach heutigem bürgerlichen Recht ist § 679 anwendbar, weil die Besorgung des Begräbnisses im öffentlichen Interesse liegt. Hiernach hat derjenige, welcher die Leichenbestattung vornimmt, gegen den eigentlich Verpflichteten eine Ersatzklage, und zwar unter allen Umständen, auch bei einem der Geschäftsführung entgegenstehenden Willen des Geschäftsherrn. Der § 679 macht aber nicht etwa die Vorschrift des § 1968 BGB. überflüssig. Denn bei diesem brauchen die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag überhaupt nicht vorzuliegen, z. B. würde nach § 687 Abs. 1 BGB. ein Anspruch des Putativerben gegen den wahren Erben auf Befreiung bezw. Ersatz unter dem Gesichtspunkte der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht begründet sein, da der Putativerbe ja ein fremdes Geschäft in der Meinung besorgt hat, daß es sein eignes sei. Hier greift aber ohne weiteres § 1968 Platz.

War der Dritte zugleich Erbschaftsbesitzer, so hat er dem Erben gegenüber für ausgelegte Beerdigungskosten auch ein Ersatzrecht aus BGB. § 2022 Abs. 2 und ein Zurückbehaltungsrecht aus BGB. § 273.[2])

Wie schon oben S. 5 kurz angedeutet, hängt mit der Frage, ob und wie weit bei der Beurteilung einer standesmäßigen Beerdigung die Vermögensverhältnisse des Erblassers zur Zeit seines Todes, also der Nachlaß, zu berücksichtigen sind, die andere Frage zusammen, welcher Art ist die den Erben wegen der Kosten der Beerdigung treffende Verbindlichkeit? Denn sollte sich herausstellen, daß diese Verbindlichkeiten rein persönliche Verbindlichkeiten des Erben sind, dann wäre es nicht

---

[1]) vgl. auch Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 336; Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 921 N. 20; Brinz, Pand. § 321 a.

[2]) So mit Recht Staudinger 2 zu § 1968.

einzusehen, warum die Vermögensverhältnisse des Erblassers berücksichtigt werden sollten.

Bei Boschan[1]) lesen wir: „Die Kosten der standesmäßigen Beerdigung des Erblassers fallen nach § 1968 dem Erben zur Last, werden also vom Gesetze nicht schlechthin als Nachlaßverbindlichkeit (§ 1967) angesehen, vielmehr trifft den Erben eine persönliche Verpflichtung zu ihrer Berichtigung, ohne Rücksicht auf die Größe des Nachlasses". Wenn dies der Fall wäre, dann würde der Erbe durch den Erbfall eine Belastung erfahren, die er nicht von sich abwälzen könnte — es sei denn, daß er die Erbschaft ausschlägt; damit hört er aber überhaupt auf Erbe zu sein —, selbst die Herbeiführung der Nachlaßverwaltung und des Nachlaßkonkurses würden ihn vor seiner Haftung nicht schützen, weil er ja persönlich verpflichtet ist. Dies widerspricht aber durchaus der Billigkeit und dem sonst vom Gesetze scharf durchgeführten Prinzip, daß der Erbe sich durch diese Mittel vor einer persönlichen Belastung schützen kann. Dem steht auch die positive Gesetzesvorschrift des § 224 Ziff. 2 KO. entgegen.

Die von Boschan vertretene Ansicht ist daher unrichtig. Wir werden auch gleich sehen, daß der § 1968 BGB. keineswegs eine persönliche Verpflichtung des Erben zur Tragung der standesmäßigen Beerdigungskosten des Erblassers statuieren will, wie man nach dem Wortlaute allerdings annehmen könnte, sondern daß die Verpflichtung des Erben eine Nachlaßverbindlichkeit ist.[2])

Was sind Nachlaßverbindlichkeiten?

Das Gesetz sagt im § 1967 Abs. 3: „Zu den Nachlaßverbindlichkeiten gehören außer den vom Erblasser herrührenden Schulden die den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten . . ." Die Unterscheidung, die das Gesetz machen will, geht aus dieser Fassung nicht klar hervor, denn genau genommen fallen auch die vom Erblasser herrührenden Schulden unter „die den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten", der Erbe wird auch Schuldner jener

---

[1]) a. a. O. S. 302.

[2]) vgl. Mot. Bd. 5 S. 535/36; so auch herrschende Meinung in der Literatur und der gesamten Rechtsprechung.

Verbindlichkeiten — der vom Erblasser herrührenden Schulden —, eben weil er Erbe wird. Deshalb war treffender die Ausdrucksweise des 1. Entw. § 2092 Abs. 2: „Als Nachlaßverbindlichkeiten gelten außer den bereits in der Person des Erblassers begründeten Verbindlichkeiten auch diejenigen dem Erben als solchen obliegenden Verbindlichkeiten, welche später entstanden sind".[1])

Und zu diesen letzteren gehören auch die Kosten der standesmäßigen Beerdigung des Erblassers. Vor allem ist dies im Gesetz durch die Stellung im System zum Ausdruck gebracht, indem es die Beerdigungskosten unter der Gruppe der Nachlaßverbindlichkeiten aufführt. Der gleiche Gedanke liegt auch der Konkursordnung zugrunde, welche die Beerdigungskosten als Masseschulden bezeichnet. Entsprechend diesem Gesichtspunkt kommen bei Berechnung der Nachlaßsteuer die Kosten der Beerdigung von der steuerpflichtigen Masse in Abzug (§ 29 des Reichsgesetzes v. 3. 6. 1906).

Bei der Beurteilung der den Erben wegen der Kosten der Beerdigung des Erblassers treffenden Verbindlichkeit werden wir folgende drei Hauptfälle unterscheiden müssen, je nachdem, wer die Beerdigung angeordnet hat.[2])

1. Die sich auf die Beerdigung beziehenden Verträge werden vom Nachlaßpfleger, Nachlaßverwalter oder Testamentsvollstrecker abgeschlossen. Hier werden reine Nachlaßverbindlichkeiten begründet. Denn dadurch, daß der Betreffende bei Abschluß des Vertrages sagt: Ich der Testamentsvollstrecker usw. bestelle hiermit . . ., gibt er unzweifelhaft zum Ausdruck, daß er nur den Nachlaß, nicht etwa sich selbst verpflichten will.

2. Eine dritte vom Erben verschiedene und im eigenen Namen handelnde Person, z. B. der Putativerbe ordnet die Beerdigung an. Aus diesen Verträgen entstehen natürlich zunächst nur vertragsmäßige Verpflichtungen gerade dieser Person gegenüber dem anderen Vertragsteil.[3]) Denn nach dem unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs geltenden Offen-

[1]) Binder Bd. 2 S. 31 ff.

[2]) Ebenso Planck 3 zu § 1968; Strohal Bd. 2 S. 178 ff.; Kretzschmar S. 342 ff.; Crome S. 581 N. 27.

[3]) vgl. vorige Zitate und Leonhard III zu § 1968; ebenso scheinbar auch Binder Bd. 2 S. 38.

heitsprinzip kommt es darauf an, auf wessen Namen das Geschäft abgeschlossen ist. Nur wer im Geschäft als Schuldner bezeichnet ist, wird durch das Rechtsgeschäft verpflichtet. Haftet also hiernach der die Beerdigung Anordnende aus seinen Verträgen den das Begräbnis Ausführenden persönlich — und zwar nur er persönlich, nicht etwa können die Gläubiger direkt gegen den Nachlaß vorgehen —, so kann er doch auf Grund des § 1968 von dem Erben Befreiung von der Verbindlichkeit, oder wenn er die Gläubiger bereits befriedigt hat, Ersatz des Geleisteten verlangen, es sei denn, daß er dem Erben gegenüber aus irgendeinem Grunde zum Ersatz der Beerdigungskosten verpflichtet war. Die den Erben hiernach treffenden Befreiungs- und Ersatzverbindlichkeiten sind Nachlaßverbindlichkeiten im technischen Sinn. Im Falle des Nachlaßkonkurses gilt § 224 Ziff. 2 KO. auch hier.[1])

3. Der Erbe ordnet das Begräbnis an und schließt die sich auf die Beerdigung beziehenden Verträge selbst ab. In diesem Falle sind wieder zwei Möglichkeiten denkbar.

a) Der Erbe gibt bei dem Vertragsschluß zu erkennen, daß er nur eine Nachlaßverbindlichkeit eingehen, nicht auch sein eigenes Privatvermögen verpflichten wolle. Daß er die Möglichkeit hat, für den Nachlaß als solchen zu kontrahieren und „wenn er bei Eingehung des Geschäfts sich die beschränkte Haftung vorbehalten hat", er sich dadurch nicht persönlich, sondern nur mit dem Nachlaß verpflichtet, ist schon in den Motiven (zu BGB. § 2092 S. 603) anerkannt. Hiergegen läßt sich nichts einwenden. Es ist vielmehr ein Ausfluß des im Recht der Schuldverhältnisse zum Ausdruck gebrachten Prinzips der Vertragsfreiheit.[2]) Da nur der Nachlaß verpflichtet werden sollte, handelt es sich auch hier um eine reine Nachlaßverbindlichkeit, für die der Erbe nach allgemeinen Grundsätzen haftet.

---

[1]) So mit Recht Strohal § 70 N. 15; Jaeger 5 zu § 224 KO.

[2]) Derselbe Gedanke negativ ausgedrückt findet sich auch Komm. d. RGRäte Bem. 3 zu § 1967; Planck 3a zu § 1968; Leonhard V B zu § 1967.

b) Der Erbe ordnet das Begräbnis an und schließt die Verträge selbst ab, ohne ausdrücklich seine Haftung zu beschränken. Über den Charakter dieser Verbindlichkeiten gehen die Ansichten weit auseinander. Wir müssen deshalb zu der Frage Stellung nehmen.

Leonhard[1]) behauptet, daß in der Regel für die bei der Beerdigung eingegangenen Verbindlichkeiten nur der Nachlaß und der Erbe als solcher, also zunächst nur beschränkbar, hafte. Der Erbe könne allerdings im Geschäfte zum Ausdruck bringen, z. B. durch Anordnung einer übermäßig kostspieligen Beerdigung, daß sein Privatvermögen mithaften solle.[2]) Regelmäßig habe aber der Erbe gar keine Veranlassung, sein eigenes Vermögen mit zu verpflichten, umsoweniger, als es zweifelhaft erscheine, ob er, der ja nur seine eigene Schuld bezahlt habe, dann einen Ersatzanspruch gegen den Nachlaß hätte; ferner wären diese Schulden vom Gesetz gerade als Nachlaßverbindlichkeiten durch die Stellung im Systeme gekennzeichnet.

Nach Binder[3]) belasten alle Rechtsgeschäfte, zu deren Vornahme der Erbe als solcher verpflichtet ist, überhaupt nicht das Erbenvermögen, sondern nur den Nachlaß, die daraus hervorgehenden Verbindlichkeiten gehören zu denen, welche „den Erben als solchen treffen“. Wenn der Erbe dem Beerdigungsinstitute persönlich haftete, mit seinem Ersatzanspruch aber auf den Nachlaß beschränkt wäre, so sei dies eine Unbilligkeit, die dem Grundprinzip des Bürgerlichen Gesetzbuches, daß der Erbe durch die Erbschaftsannahme keine persönliche Belastung ohne sein Verschulden erfahren solle, widerstreite.[4])

Nach Eccius[5]) begründet der Erbe überhaupt keine Nachlaßverbindlichkeit, sondern nur eine eigene Verbindlichkeit.

---

[1]) V zu § 1967 und III zu § 1968.

[2]) So auch OLG. Hamburg im Recht 1910 Nr. 2575.

[3]) Bd. 2 S. 46.

[4]) Ähnlich wie Leonhard und Binder scheinbar auch Staudinger Bem. 2 zu § 1968.

[5]) Gruchot Bd. 51 S. 567.

Hiergegen läßt sich folgendes erwidern[1]:

Daß die Verbindlichkeit des § 1968 eine Nachlaßverbindlichkeit ist, hat der Gesetzgeber klar zum Ausdruck gebracht.[2] Er folgt damit nur einem von jeher beobachteten Grundsatz, daß nämlich die Beerdigungskosten eine Last des Nachlasses sind.[3] Damit ist aber auch die Bedeutung des § 1968 — wenigstens nach dieser Richtung hin — erschöpft. Keineswegs hat es in der Absicht des Gesetzgebers gelegen, das oben unter 2 erwähnte Offenheitsprinzip — daß aus Rechtsgeschäften immer nur der verpflichtet wird, auf dessen Namen das Geschäft geschlossen wird — durch § 1868 zu durchbrechen, wie dies Binder annimmt. Der Erbe haftet demnach auch persönlich mit seinem Privatvermögen.[4]

Wie erklärt sich nun dieser scheinbare Widerspruch? Es liegt hier eben ein Fall vor, der die Mitte bildet zwischen den unter 1 und 2 erwähnten Fällen. Auch hier entstehen Nachlaßverbindlichkeiten, wie daraus hervorgeht, daß die betreffenden Gläubiger ihre Forderungen — natürlich nur soweit ihre Lieferungen zur standesmäßigen Beerdigung des Erblassers gehörten — auch gegen den Testamentsvollstrecker, Nachlaß- und Konkursverwalter geltend machen können. Gerade dadurch unterscheidet sich dieser Fall von dem unter 2 besprochenen, wo ein beliebiger Dritter die Beerdigung angeordnet bezw. die Verträge im eigenen Namen abgeschlossen hat.

Daneben haftet der Erbe auch unbeschränkt mit seinem eigenen Vermögen, und zwar nach dem allgemeinen Prinzip aus den Verträgen, die er im eignen Namen abgeschlossen hat. Aus seiner Erbenqualität ergibt sich nicht ohne weiteres, wie dies in dem unter 1 erwähnten Fall bei dem Testamentsvollstrecker usw. anzunehmen ist, daß er nur mit dem Nachlaß haften wolle. Man muß hier-

---

[1] vgl. zum folgenden Strohal S. 178; Planck 3a zu § 1968; Kretzschmar S. 342f.; Crome S. 581 Komm. d. RGRäte 1 zu § 1968 und 3 zu § 1967; Kipp S. 177ff.

[2] s. oben S. 14 u. 15.

[3] Endemann Bd. 3 S. 398.

[4] Ebenso OLG. Bd. 24 S. 81.

nach wohl auseinanderhalten die **gesetzliche** Belastung, die der § 1968 dem Erben auferlegt — diese ist reine Nachlaßverbindlichkeit, und infolgedessen haftet der Erbe für sie nach den allgemeinen Grundsätzen, also zunächst beschränkbar —, und diejenige **vertragliche** Belastung, die der Erbe durch seine von ihm im eigenen Namen abgeschlossenen Verträge erfährt. Wenn man dies tut, dann fällt auch die von Binder behauptete Unbilligkeit gegen den Erben fort, die dem Grundprinzipe des Bürgerlichen Gesetzbuches, daß der Erbe durch die Erbschaftsannahme keine persönliche Belastung erfahren solle, widerstreitet. Denn wir haben bewiesen, daß die persönliche Haftung des Erben nicht etwa die Folge von der Erbschaftsannahme, sondern die Folge seiner vertraglichen Verpflichtungen ist. Der Erbe hat die Möglichkeit, seine Haftung auf den Nachlaß zu beschränken; tut er dies nicht, so nimmt er naturgemäß die Gefahr auf sich, die Begräbniskosten selbst bestreiten zu müssen. Unbillig scheint es mir vielmehr gegen den in Frage kommenden Gläubiger, daß er, wenn er im Vertrauen auf die Solvenz seines Vertragsgegners die Beerdigung ausführt, nichts von diesem fordern könne, sondern nur Massegläubiger des Nachlasses werden soll.

Wenn nun der Erbe die Beerdigung anordnet, die Verträge selbst abschließt, ohne ausdrücklich seine Haftung auf den Nachlaß zu beschränken, und somit sein eigenes Privatvermögen mit verpflichtet, so übernimmt er damit „eine Last des Nachlasses“, die er unbedenklich entgegen der von Binder und Leonhard vertretenen Auffassung nach Maßgabe der §§ 1978, 1979, 1991, 1992 BGB. und der §§ 223—225 KO. in Rechnung stellen bezw. aus dem Nachlaß ersetzt verlangen kann.

Wir haben es also im letzten Fall mit einer Verbindlichkeit zu tun, die sich von den gewöhnlichen Nachlaßverbindlichkeiten dadurch unterscheidet, daß der Erbe für sie aus den eben erörterten Gründen zugleich auch persönlich haftet. (Eine weitere Besonderheit dieser Nachlaßverbindlichkeit im Gegensatz zu den gewöhnlichen ist, daß sie im Nachlaßkonkurs — nicht etwa im Konkurs des Erben — zu den Masseschulden gehört.)

3. Wer hat die Kosten der Beerdigung zu tragen.

Am häufigsten wird dies der Erbe sein. Die grundlegende Vorschrift hierfür ist § 1968. Sind mehrere Miterben vorhanden, so hat jeder die Beerdigungskosten nach dem Verhältnisse seines Erbteils zu tragen (BGB. § 748). Da die Miterben nach § 2058 Gesamtschuldner sind — und zwar vor der Teilung des Nachlasses nur mit der Beschränkung des § 2059 —, so kann gemäß § 755 jeder Miterbe bei der Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, daß diese Kosten an erster Stelle aus dem Nachlaß berichtigt werden. Hat ein Miterbe die Beerdigungskosten vorgelegt, so kann er die Erstattung seiner Auslagen aus den auf die Miterben entfallenden Erbteilen verlangen (§ 756), jedoch nur die Kosten der standesmäßigen Beerdigung des Erblassers, es sei denn, daß die Miterben mit dem Mehraufwand einverstanden gewesen sind.[1])

Sind[2]) die Beerdigungskosten von dem Erben ganz oder teilweise nicht zu erlangen, so haftet nach § 1615 Abs. 2 der Unterhaltspflichtige für dieselben, und zwar derjenige, der im Augenblicke des Todes des Unterhaltsberechtigten unterhaltspflichtig war. Dessen Verpflichtung ist jedoch nur eine subsidiäre, „soweit" die Bezahlung sei es wegen Überschuldung des Nachlasses oder wegen Abwesenheit des Erben oder aus sonstigen Gründen von dem Erben nicht zu erlangen ist. Der Nachweis ist dem Unterhaltspflichtigen zu erbringen und kann auf jede Weise erbracht werden; es ist nicht erforderlich, daß die Zwangsvollstreckung gegen den Erben fruchtlos versucht worden ist, wie dies bei der subsidiären Haftung des Bürgen im § 771 BGB. ausdrücklich vorgeschrieben ist. Regelmäßig hat auch der Unterhaltspflichtige die Kosten einer standesmäßigen Beerdigung zu tragen (§ 1610). Liegen jedoch die Voraussetzungen des § 1611 vor, unter denen der Unterhaltspflichtige nur den notdürftigen Unterhalt zu leisten hat, so hat er auch nur die Kosten einer notdürftigen Beerdigung zu tragen. Die Beerdigungskosten

---

[1]) Boschan Bd. 2 S. 302 ff.; OLG. Bd. 24 S. 81.

[2]) vgl. zum folgenden Opet-Blume zu § 1615; Planck ebenda; Staudinger zu § 1615 Abs. 2; Komm. d. RGRäte Bem. 2 zu § 1615.

gehören nicht ohne weiteres zu den Kosten des Unterhalts, wie sich auch schon daraus ergibt, daß in erster Linie der Erbe diese Kosten zu tragen hat. Die Pflicht des § 1615 Abs. 2 zur Bestreitung der Beerdigungskosten ist nur eine Nachwirkung der Unterhaltspflicht. (Derselbe Grundsatz findet sich auch vertreten im preußischen Recht, vgl. preuß. ALR. II, 1 §§ 434, 435.) Sie stellt sich dar, wie die Motive (Bd. 4 S. 699) sagen, „als eine aus dem Familienbande resultierende, sittliche Pflicht. Es würde gegen die Pietät verstoßen, wenn dem Verstorbenen, welcher bis an seinen Tod standesmäßigen Unterhalt genossen hat, nur ein notdürftiges Begräbnis auf Kosten der öffentlichen Armenpflege zuteil werden sollte". Der § 1615 Abs. 2 setzt für den Unterhaltspflichtigen ebenso wie der § 1968 für den Erben nur die Pflicht fest, die Beerdigungskosten zu tragen, nicht auch die Verpflichtung, für die Beerdigung zu sorgen.

War der Verstorbene verheiratet, so haftet in erster Linie sein Ehegatte nach § 1360 Abs. 3 Satz 2 mit § 1615 Abs. 2; hat der Verstorbene einen für allein schuldig erklärten geschiedenen Ehegatten zurückgelassen, so haftet dieser gemäß §§ 1578, 1580 Abs. 3 mit § 1615 Abs. 2. Erst in zweiter Linie haften die Verwandten nach § 1608. (Wer von den Verwandten verpflichtet ist, steht im § 1601.) Im Falle des § 1607 Abs. 2 muß der Nebenverpflichtete auch für die Beerdigungskosten eintreten.

Nach § 528 Abs. 1 Satz 3 ist der Beschenkte zur Tragung der Beerdigungskosten des verarmten Schenkers verpflichtet und zwar haftet er mit dem unterhaltspflichtigen Verwandten nach § 421 als Gesamtschuldner. Dieser kann aber, wenn er die Beerdigungskosten bereits bestritten hat, gegen den im § 528 Bezeichneten den Rückgriff nehmen.

Hatte eine dritte Person durch Vertrag mit dem Erblasser die Beerdigungskosten übernommen, so schließt dies nicht etwa die Haftung des Erben und die subsidiäre Haftung des Unterhaltspflichtigen von vornherein aus. Wohl aber steht ihnen ein Ersatzanspruch gegen den Dritten zu.

Für die Beerdigungskosten des unehelichen Kindes haftet ebenfalls subsidiär, also hinter den Erben, der uneheliche Vater (§ 1713 Abs. 2). Ist das Kind totgeboren oder in der

Geburt gestorben, so sind die Vorschriften der §§ 1713 Abs. 2 und 1968 nicht anwendbar, weil ein solches Kind mangels Rechtsfähigkeit nicht beerbt werden kann. Der Vater hat aber diese Beerdigungskosten der Mutter gemäß § 1715 Abs. 1 zu ersetzen, weil diese Kosten von der Mutter nur „infolge der Entbindung aufgewendet werden müssen".[1] Es handelt sich jedoch hier nur um einen Todesfall während seiner regelmäßigen oder erweiterten Alimentationsperiode.[2]

Ob im Falle des Todes eines Kindes aus einer nichtigen Ehe, bei der beiden Ehegatten die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung bekannt war, für die Beerdigungskosten die Anwendbarkeit des § 1615 Abs. 2 oder des § 1713 Abs. 2 aus dem § 1703 zu folgern ist, ist bestritten. Von Bedeutung ist diese Frage nur dann, wenn das Kind bei seinem Tode mehr als 16 Jahre alt ist. Man wird m. E. den § 1615 Abs. 2 für anwendbar erklären müssen, da das Gesetz die Beerdigungskosten grundsätzlich den Kosten des Unterhalts gleichstellt. Dies muß man um so mehr, um z. B. bei einem großen Standesunterschied zwischen Vater und Mutter der in den Mot. Bd. 4 S. 699 erörterten ratio legis gerecht werden zu können.[3]

Viel umstritten ist die Frage, ob, falls die Mutter infolge der Schwangerschaft oder der Entbindung stirbt, die Erben der Mutter ein Recht gegen den unehelichen Vater auf Erstattung der Beerdigungskosten haben. Eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift besteht darüber nicht. Es fragt sich nur, ob die Beerdigungskosten nicht vielleicht unter die weiteren Aufwendungen zu rechnen sind, deren Ersatz nach § 1715 Abs. 1 Satz 1 von dem außerehelichen Schwängerer verlangt werden kann. Die Motive,[4] die die Frage ausdrücklich verneinen, sind hier nicht maßgebend; denn der Anspruch bezüglich der infolge der Schwangerschaft oder der Entbindung notwendigen weiteren Aufwendungen war dem Entwurf überhaupt unbekannt und ist erst durch den

---

[1]) Ebenso Planck 8 zu § 1715 und Staudinger 3a zu § 1715.

[2]) So mit Recht Staudinger, Vorträge S. 276 und Endemann Bd. 2 § 207 S. 664 N. 28.

[3]) s. oben S. 21.

[4]) Bd. 4 S. 910.

Reichstag hinzugefügt worden. Wir müssen uns deshalb nach anderen Gründen für die Bejahung oder Verneinung der Frage umsehen. Hätte der Gesetzgeber auch diese Kosten dem Vater auferlegen wollen, so würde er dies voraussichtlich ausdrücklich getan haben, wie er ja regelmäßig der Haftung für die Beerdigungskosten sein besonderes Interesse entgegenbringt (vgl. §§ 528, 844, 1615, 1713, 1968). Weiter spricht für die Verneinung der Frage der Umstand, daß die Ansprüche des § 1715 Abs. 1, die nach Abs. 2 auch gegen die Erben des Vaters geltend gemacht werden können, in der Person der Mutter begründet sind. Die Mutter ist Subjekt der bezeichneten Rechte. Das Gesetz sagt ausdrücklich: „Der Vater ist verpflichtet, der Mutter ... zu ersetzen".

Aus der Fassung des § 1715 geht also hervor, daß die dort gegebenen Rechte nur für die Mutter selbst gemeint sind, und nur insoweit, wie sie ihr erteilt sind, sind sie nach allgemeinen Regeln vererblich und übertragbar. Rechte aber, die wie der Anspruch auf Erstattung der Beerdigungskosten überhaupt nicht in der Person der Mutter entstanden sind, kann man aus § 1715 nicht ableiten.

Wollte man trotzdem den Erben der Mutter einen derartigen Ersatzanspruch gegen den Vater zubilligen, so würde dies eine Unbilligkeit für den im Vergleich zu früher bereits erheblich mehr belasteten unehelichen Vater bedeuten, und man müßte dann auch folgerichtig den anderen Kindern der Verstorbenen gemäß § 844 Abs. 2 einen Ersatzanspruch gegen den Schwängerer als Urheber des Todes der Mutter zubilligen, was doch entschieden zu weit gehen dürfte.[1])

An letzter Stelle haften die Armenverbände nach dem Unterstützungswohnsitzgesetz. Durch die nach Art. 3 Abs. 4 RV. heute noch gültige Eisenacher Konvention v. 11. 7. 1853 und Ergänzungen von 1854 haben sich die deutschen Bundesstaaten und

---

[1]) Wie im Text gegen den Ersatz der Beerdigungskosten: Staudinger 2c zu § 1715; Opet-Blume 4 zu § 1715; Mumm a. a. O. S. 523 ff.; Witte a. a. O. S. 987 ff. And. A., jedoch ohne Angabe von Gründen: Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 4 § 90c; Planck 1c zu § 1715; Crome Bd. 4 N. 10 zu § 619; Komm. d. RGRäte 3 zu § 1715.

Österreich-Ungarn gegenseitig die kostenlose Verpflegung und Beerdigung ihrer Staatsangehörigen zugesichert, vorbehaltlich der Ersatzpflicht des Verpflichteten selbst und anderer privatrechtlich Verpflichteter. Eine gleiche Vereinbarung ist mit der Schweiz, Italien und Dänemark getroffen.[1])

Eine Spezialbestimmung enthalten der § 844 und der § 3 Abs. 1 RHaftpflG. v. 7. 6. 1871 in der Fassung des Art. 42 EG. z. BGB., wonach im Falle der Tötung[2]) der Ersatzpflichtige die Kosten der Beerdigung demjenigen zu ersetzen hat, welchem die Verpflichtung obliegt, diese Kosten zu tragen. Dies ist in erster Linie der Erbe, es kann aber auch der Unterhaltspflichtige sein.[3]) — Diese Beerdigungskosten hätte der Verpflichtete zwar sowieso tragen müssen, die Tötung bewirkte aber, daß diese Kosten früher zu bestreiten sind, als sonst hätte geschehen müssen. Es ist daher als ein Akt der Billigkeit zu bezeichnen, daß das Gesetz diese Vorschriften aufgenommen hat.[4]) — Wer freiwillig die Beerdigung besorgt hat, ohne dazu verpflichtet zu sein, hat diese Ansprüche nicht. Er kann sich indes nach § 679 bezw. § 1968 an die Pflichtigen halten, die dann ihrerseits nach den erwähnten Vorschriften den Ersatzpflichtigen in Anspruch nehmen können.

Nach § 64 SeemO. v. 2. 6. 1902 (RGBl. S. 175 ff.) hat der Reeder, wenn der Tod innerhalb der Zeit seiner Fürsorgepflicht erfolgt, die Kosten der Bestattung eines Schiffsmanns zu tragen.

Nach § 554 Abs. 1 HGB. hat der Reeder, wenn der Schiffer nach dem Antritt der Reise stirbt, die Beerdigungskosten zu tragen.

Begräbniskosten für das Gesinde zu bezahlen, ist die Herrschaft in keinem Falle schuldig (§ 100 der altpreuß. GesO. v. 8. 11. 1810; vgl. Art. 95 EG. z. BGB.).

---

[1]) Weißler a. a. O. S. 71 Ziff. 11.

[2]) Hier ist unter Tötung nicht nur die vorsätzliche oder fahrlässige Tötung im Sinne des Strafrechts zu verstehen, sondern jede unerlaubte Handlung, die den Tod eines Menschen verursacht; es gehört also auch die Körperverletzung mit tödlichem Erfolge hierher (Enneccerus Bd. 1 § 462).

[3]) Mot. Bd. 2 S. 775.

[4]) Aron a. a. O. Bd. 14 S. 184.

III. Die rechtliche Natur des Leichnams.

Eine Erörterung über die rechtliche Natur des Leichnams ist notwendig, um die Fragen behandeln zu können, ob der Erblasser Anordnungen rechtswirksam darüber treffen kann, was nach seinem Tode mit seinem Leichnam geschehen soll, wie derartige Anordnungen rechtlich zu charakterisieren sind, und des weiteren die Frage, wer, wenn nichts angeordnet ist, Bestimmungen über den Leichnam zu treffen hat, und wie weit ein derartiges Bestimmungsrecht Dritter überhaupt zulässig ist.

Auf die geschichtliche Entwicklung der Frage kann hier nur kurz eingegangen werden. Eine ausführliche Darstellung würde über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausgehen.[1]

Die Römer haben den menschlichen Leichnam überhaupt niemals rechtlich qualifiziert, vielleicht weil kein Bedürfnis dazu vorlag, wahrscheinlich aber auch aus dem Grunde, weil es ihrem religiösen Gefühl widersprach. In ihrem Totenkult gingen sie so weit, den dii manes göttliche Ehrung zu zollen und jeden Ort, wo ein Verstorbener bestattet war, zum locus religiosus zu erheben und so dem Verkehr zu entziehen.[2]

Das gemeine Recht und die deutschen Partikularrechte schwanken in dieser Frage hin und her. Bald wird der Leichnam als verkehrs- und eigentumsfähige Sache bezeichnet,[3] bald als „Sache im unjuristischen Sinne“,[4] bald als res extra commercium,[5] bald überhaupt nicht als Sache, als „Gegenstand der religio“.[6]

Da das Bürgerliche Gesetzbuch keine ausdrückliche Bestimmung über den Leichnam enthält, so dauert der alte Streit fort. Nach heutigem Recht ist aber die Frage schon von vorn-

---

[1] vgl. hierzu die Arbeiten von Cramer, Kramer und Schultheis.

[2] Merkel a. a. O. S. 677 ff.

[3] So Bekker, Pand. § 77 Beil. I B; dagegen Kramer S. 44 ff.; Regelsberger, Pand. § 110 II; Stobbe Bd. 1 S. 604.

[4] So Cramer S. 38.

[5] So Kramer S. 47 ff.; Schultheis S. 36; Stobbe Bd. 1 S. 604.

[6] So Mittelstein in Goltdammers Arch. Bd. 34 S. 179.

herein insofern vereinfacht, als es sich nur darum handelt: Sache oder Nichtsache. Einschränkungen innerhalb des Sachbegriffes, wie „Sache im unjuristischen Sinne“ oder „res extra commercium“ gehören dem gemeinen Rechte an und wurden in das Bürgerliche Gesetzbuch nicht übernommen.[1])

Bevor wir auf die Frage nach der rechtlichen Natur des Leichnams selbst eingehen können, müssen wir erst einmal feststellen, was man begrifflich unter einem Leichnam versteht. Wir können uns hierbei kurz fassen, weil die Hauptbedeutung der Frage auf dem Gebiete des Strafrechts liegt, also öffentlichrechtlicher Natur ist. Schon bei dieser Frage gehen die bisher aufgestellten Meinungen weit auseinander.

Merkel[2]) geht von der Etymologie des Wortes aus und bezeichnet den Leichnam demgemäß als „Fleischhülle usw., als Kleid der Seele“. Damit kommen wir aber juristisch der Frage nicht näher. Richtiger scheint es mir zu sein, davon auszugehen, wann der volkstümliche Sprachgebrauch ein Etwas als Leichnam bezeichnet. Der Leichnam setzt vor allen Dingen voraus, daß einmal ein Mensch dagewesen ist. Deshalb scheiden hier von vornherein aus der fötus und der abortus. Denn die Frucht, die noch in der Entwicklung begriffen ist, kann nicht schon als Mensch bezeichnet werden.

Weiter darf der Zusammenhang zwischen den Teilen des Körpers nicht durch den Verwesungsprozeß oder eine andere gleichzustellende Vernichtungsart aufgehoben sein. Denn wenn bereits der Verwesungsprozeß eingetreten oder der Leichnam durch Verbrennung zur Asche geworden ist, kann unmöglich noch von einem Leichnam die Rede sein. Daß einzelne Glieder des Körpers fehlen (z. B. ein Glied ist bei einem Unfall verloren gegangen oder vom Arzte auf chirurgischem Wege entfernt worden) oder der Körper überhaupt zerstückelt ist,[3]) wie z. B. das Opfer eines Lustmordes, steht dem Begriff des Leichnams nicht entgegen. Einige Schrift-

---

[1]) v. Schwerin a. a. O. S. 662; Josef in BayZ. Bd. 1 S. 122; Mot. Bd. 3 S. 25; and. A. Fischer-Henle Bem. 4 zu § 90.

[2]) a. a. O. S. 677.

[3]) Nur darf die Zerstückelung nicht so weit gehen, daß die Bezeichnung des Restes als „Körper“ sprachwidrig erscheinen würde.

steller[1]) fordern zu einem Leichnam als wesentliche Bestandteile Kopf und Rumpf. Dies scheint mir jedoch zu weit zu gehen. Denn ich sehe keinen Grund dafür, einen toten Körper (bleiben wir bei dem obigen Beispiel des Lustmordes), dessen Kopf sich nicht auffinden läßt, nicht als Leichnam zu bezeichnen. (Ein Kopf ohne Rumpf ist natürlich kein Leichnam; vgl. N. 3 S. 26.)

Auch der zu wissenschaftlichen Zwecken zerlegte leblose menschliche Körper ist noch Leichnam, allerdings nur, solange die Absicht besteht, die getrennten einzelnen Teile nach der Sektion gemeinsam beizusetzen. Auch derjenige leblose menschliche Körper ist als Leichnam anzusehen, der durch künstliche Mittel präpariert der Vernichtung dauernd oder doch wenigstens auf längere Zeit entzogen ist, aber nicht zu wissenschaftlichen Zwecken, sondern um Gegenstand der Verehrung zu sein, wie dies besonders bei den Leichnamen von Fürstlichkeiten geschieht, die einbalsamiert und dann in Kapellen oder Grüften beigesetzt werden. Alle diese Gesichtspunkte finden Berücksichtigung in der von Schwerin (S. 658) aufgestellten Definition: „Leichnam ist der leblose menschliche Körper bis zu dem Zeitpunkt, in dem der Zusammenhang zwischen den einzelnen Teilen durch den natürlichen Verwesungsprozeß oder eine diesem gleichzustellende Vernichtungsart, insbesondere Verbrennung aufgehoben ist, desgleichen der wissenschaftlich zerlegte leblose menschliche Körper, solange die Absicht einer gemeinsamen Bestattung der einzelnen Teile in der herkömmlichen Beerdigungsweise besteht, endlich der nicht zu wissenschaftlichen Zwecken dauernd der Vernichtung entzogene, künstlich präparierte leblose menschliche Körper“.[2])

Nachdem wir nun festgestellt haben, was unter einem Leichnam zu verstehen ist, können wir uns wieder der oben aufgeworfenen Frage zuwenden: ist der Leichnam eine Sache? Das Bürgerliche Gesetzbuch definiert im § 90: „Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände“; unter Sachen sind nur „Gegenstände der vernunftlosen Natur“ zu verstehen.[3]) Damit ist sofort klar, daß der Körper des lebenden Menschen keine

---

[1]) z. B. Crusen S. 41.

[2]) Ähnlich Crusen a. a. O. S. 27; Frank I zu § 168.

[3]) Windscheid, Pand. Bd. 1 § 137.

Sache ist. So kommt Hölder[1]) zu seiner Definition: „Eine Sache ist derjenige körperliche Rechtsgegenstand, der nicht eine Person ist". Also abgesehen von den äußeren Umständen, wie Abstammung, Gestalt und Aussehen, unterscheidet sich der Mensch von der Sache nur durch seine Vernunft. Dies ist wichtig für die rechtliche Beurteilung der Qualität des Leichnams. Auf den Einwand, der event. gemacht werden könnte, daß es auch vernunftlose Menschen gibt — z. B. kleine Kinder und Geistesgestörte — läßt sich erwidern, daß der Keim der Vernunft auch diesen Wesen innewohnt, bei den Kindern ist er entwicklungsfähig, bei den Letztgenannten durch krankhafte Störungen getrübt. Die Vernunft wiederum setzt eine Seele als Sitz voraus.[2]) Da diese mit dem Tode aus dem Körper entweicht und damit auch die Vorbedingung für die Vernunft fehlt, so bleibt nichts übrig als die fleischliche Hülle, die sich, jetzt vernunftlos, durch nichts mehr von der Sache unterscheidet. Schon hiernach muß also der Leichnam Sache im Sinne des § 90 sein.

Trotzdem leugnen einige Schriftsteller die Sachqualität des Leichnams, manche überhaupt ohne jede Begründung, wie z. B. Binding[3]): „Wie der Lebende, so kann der Tode keine Sache sein".

Das äußerste Extrem der gegnerischen Ansicht vertritt Rausnitz[4]): „Ebensowenig wie der Körper des lebenden Menschen Sache ist, ist dies daher sein Leichnam, ohne Rücksicht darauf, ob er noch als menschliche Form zusammenhält, ob eine Sektion stattgehabt hat, ob er nur noch aus Knochen oder aus Asche besteht". Auch die Sachqualität der Knochen- und Aschenreste zu leugnen, so weit geht sonst niemand. Rausnitz versucht dann auch das Unnatürliche seiner Behauptung abzuschwächen und setzt diesem „besonderen Leichenrechte", dem Rest des Persönlichkeitsrechts, eine zeitliche Grenze, die je nach der Persönlichkeit des

---

[1]) Allgem. Teil S. 204.

[2]) Das Tier hat zwar auch eine Seele, aber diese haben wir uns nur als Sitz der Lebenskraft und nur in ganz beschränktem Maße als Sitz des Denkens, Fühlens und Wollens (Vernunft) zu denken.

[3]) Lehrb. des deutschen Strafrechts S. 185.

[4]) a. a. O. S. 594.

Verstorbenen kürzer oder länger ist, nach deren Ablauf die noch vorhandenen Reste der Leichen „Sachen im juristischen Sinne" werden und sich durch nichts mehr von den übrigen Sachen unterscheiden. Er begründet seine Ansicht damit, daß der Leichnam als Rest der Persönlichkeit die Rechte der Persönlichkeit nicht völlig verliere. Dies Recht der Persönlichkeit aber, das der lebende Mensch als Rechtssubjekt hat, ist ein höchstpersönliches und geht mit dem Tode unter. Es gibt kein Recht ohne ein Rechtssubjekt. Deshalb kann man auch nicht mehr von einem Rest des Persönlichkeitsrechtes, sondern äußerstenfalls von Nachwirkungen desselben reden.[1])

Auch nach Gierke[2]) wird der menschliche Körper „durch den Tod nicht dem Sachenrechte unterworfen, sondern bleibt als Rückstand der Persönlichkeit das Objekt eines nunmehr den Hinterbliebenen zustehenden Persönlichkeitsrechtes". Diese Konstruktion erscheint jedoch gekünstelt und juristisch unscharf.[3])

Ähnlich wie Gierke und Rausnitz auch Gareis.[4]) Er nennt zwar den Leichnam eine „herrenlose Gesamtsache", die jedoch nicht zum Nachlasse gehöre, an der überhaupt kein Sachen- und Vermögensrecht Platz greife, behauptet aber eine Nachwirkung jenes Persönlichkeitsrechtes des Lebenden, die darin bestehe, daß der menschliche Leichnam nicht etwa schon im Moment des Todes Sache werde. Vielmehr gesteht er dem Leichnam als Hülle einer Persönlichkeit bis zur Aufhebung des Zusammenhangs zwischen den Teilen des Körpers eine rechtliche Sonderstellung zu. Daß das positive Recht dieses Persönlichkeitsrecht des Toten auch noch im Tode anerkenne, käme dadurch zum Ausdruck, daß es strafrechtlich dem Leichnam, überhaupt dem Toten, eine gewisse Sonderstellung einräume.

Wenn Gareis hiermit ein Persönlichkeitsrecht des Toten behauptet, so ist ihm das schon mehrfach oben Gesagte zu erwidern, jedes Persönlichkeitsrecht setzt eine Persönlichkeit voraus, und eine solche ist der Tote keineswegs mehr. Wenn es ein

---

[1]) v. Schwerin S. 689.

[2]) Bd. 2 § 102 S. 35 ff.

[3]) Gegen Gierke auch Staudinger 2a zu § 90.

[4]) Bl. f. RA. Bd. 70 S. 318 und Sonderdruck.

solches Persönlichkeitsrecht des Toten gäbe, dann wäre allerdings der Beweis erbracht, daß der Leichnam keine Sache ist. Denn der Träger von Rechten, das Rechtssubjekt kann nicht zugleich Objekt sein. Wenn es aber nur das fortwirkende Persönlichkeitsrecht des Lebenden ist, dessen Verletzung strafrechtlich geschützt wird, so ist dieses doch kein Grund, den Leichnam nicht ebenso als Sache anzusehen wie etwa dem Gottesdienst gewidmete Gegenstände, die ebenfalls strafrechtlich einen erhöhten Schutz genießen (StGB. §§ 243 Ziff. 1 und 304).

Nicht richtig ist auch, was Schwarz[1]) über diesen strafrechtlichen Schutz des Leichnams ausführt, nämlich daß mit dem Tode für den Toten „das Interesse des Leichnamsschutzes entstehe“. Denn der Tote hat überhaupt keine Interessen mehr. Nur die Überlebenden nehmen teil an dem Schicksal des Verstorbenen. Der Lebende hat das Recht, in seinem heiligsten Gefühle, in seiner Pietät gegen den Verstorbenen nicht verletzt zu werden. Die Pietät ist es also, die den Leichnam schützt vor Übergriffen und vor Verlust der Grabesruhe.[2])

Gegen unsere Gegner spricht auch vor allem der geschichtliche Ursprung dieser Strafvorschriften. Sehr mit Recht weist v. Schwerin[3]) darauf hin, daß alle diese strafrechtlichen Bestimmungen hervorgegangen sind aus den schon im Altertum den Germanen und Römern bekannten Verbrechen der Leichen- und Gräberschändung, und macht darauf aufmerksam, wie unwahrscheinlich es ist, daß z. B. die Leichenschänder bestraft worden seien wegen Verletzung eines Persönlichkeitsrechtes. Der eigentliche Grund der Bestrafung sei in den religiös-mythologischen Anschauungen dieser Völker zu suchen, die glaubten, nur auf diesem Wege die Rache der Toten abwenden zu können, wenn sie der Seele des Verstorbenen, die nach ihren Anschauungen im Augenblicke des Todes den Leib verließ und in einer anderen Gestalt fortlebt, Dienste erwiesen. Außerdem sei es das den Menschen trotz des Fortschreitens der Wissenschaft auch heute noch un-

---

[1]) Arch. f. bürgerl. R. Bd. 32 S. 42 ff.
[2]) Gegen Schwarz auch v. Tuhr S. 383 N. 17.
[3]) S. 660/61.

begreifliche Dunkel, das über Tod und Jenseits liege, das ihnen Angst und Schrecken einjage und so eine Scheu vor dem Leichnam und daher dessen besondere Hütung und Schutz veranlaßten.

Endlich wendet sich Merkel gegen ein Persönlichkeitsrecht des Toten, versucht aber auch andererseits zu beweisen, daß der Leichnam keine Sache sei. Dies ist ihm aber durchaus nicht gelungen. Hauptsächlich sind es „ethische, philosophische, religiöse und ästhetische" Gesichtspunkte, die er gegen die Sachqualität des Leichnams hervorzukehren sucht. Der Mensch, der tote Herr der Dinge, ließe sich nicht den Dingen gleichstellen. Das Subjekt ließe sich nicht zum Objekt degradieren. Ein Schimmer von Subjektivität hindere uns, den Leichnam als Sache zu bezeichnen. Es sei überhaupt gar nicht nötig, „den toten Herrn der Dinge" unter die von Menschen geschaffenen Rechtsbegriffe einzureihen; denn die Überlebenden achteten in dem Leichnam noch den einstigen Herrn, ihre Pietät ehre und schütze den Leichnam wie ein unnahbares Heiligtum.

Dessenungeachtet behauptet Merkel einige Seiten weiter (S. 683), daß der Gebrauch von Leichen zu wissenschaftlichen Zwecken einen Leichnam zur Sache degradiere.[1]) Es sei hier eine gebieterische Forderung der Gesamtheit, ein Machtspruch der menschlichen Gesellschaft, die den Leichnam zur Sache machten, da es sich um einen der ganzen Menschheit dienenden Zweck handle.

Hierin liegt ein nicht zu beseitigender Widerspruch. Denn wenn es sich darum handelt, den Leichnam juristisch zu qualifizieren, so kann das Resultat nur ein einziges sein, entweder: Der Leichnam ist keine Sache, dann kann er aber auch nicht durch äußere Umstände, z. B. die Art der Verwendung, zur Sache werden, oder aber, was richtig ist, er ist Sache. Ein Mittelding gibt es nicht. Dies ist auch allen denen zu entgegnen, die einerseits die Sachqualität des Leichnams leugnen, die Möglichkeit aber anerkennen, daß der Leichnam Sache werden kann.[2])

Der Fehler der Merkelschen Beweisführung liegt hauptsächlich darin, daß er von faschen Voraussetzungen ausgeht. Mit

---

[1]) And. A. **Rausnitz** S. 594.

[2]) vgl. **Crusen** S. 38; **Cosack** Bd. 1 S. 115.

dem Tode hört der Mensch auf, Mensch zu sein, er hört auf, als Rechtssubjekt zu existieren. Folglich kann man auch von einer Degradation des Subjekts zum Objekt nicht reden. Es will auch niemand den Menschen den Dingen gleichstellen, sondern das, was nach dem Tode vom Menschen übrigbleibt, nämlich seinen Leichnam. Und daß die Überlebenden in den Leichnam noch den einstigen Herrn achten, ihn in jeder Weise pietätvoll behandeln, ist doch wohl kein Grund, den Leichnam nicht juristisch unter den Sachbegriff unterzuordnen. Es genügt doch vollständig, daß uns Überlebenden der Tote gewissermaßen heilig ist, eben weil er uns mit jedem Zug an den Lebenden erinnert. So leugnet Merkel die Sachqualität des Leichnams, ohne uns zu sagen, was der Leichnam eigentlich ist.

Auch auf religiösem Gebiete liegen keine Bedenken vor, den Leichnam als Sache zu bezeichnen. Denn er nimmt schon von selbst eine gewisse Sonderstellung ein, Natur und Sitte haben ihn aus den Sachen des täglichen Lebens herausgehoben, er ist uns „heilig", genau so wie gläubigen Christen der Abendmahlskelch eine heilige Sache ist.

Die religiösen Bedenken fallen außerdem in den Fällen fort, in denen der Leichnam aufhört, Objekt der Verehrung und Scheu zu sein, und weiter nichts ist als z. B. Material für Studierende. Zieht man diese letzten Fälle in Betracht, dann unterliegt es auch keinem Zweifel, daß der Leichnam verkehrsfähig ist. Dieser Verkehrsfähigkeit sind freilich durch die Regeln der guten Sitten enge Grenzen gesetzt.[1][2])

Wem gehört der Leichnam?

Jedenfalls steht so viel fest, daß der menschliche Körper nicht zum Vermögen gehört, und daß nicht etwa mit dem Vermögen des Erblassers auch dessen Leiche auf die Erben übergeht.[3]) Vermögen im Sinne des § 1922 ist alles, was dem Erblasser gehört

---

[1]) vgl. hierüber auch unter IV, 2.

[2]) Für die Sachqualität des Leichnams Leonhard IV zu § 1968; Endemann Bd. 2 S. 22c; Dernburg, Sachenrecht S. 5; Hölder 5b zu § 90; Enneccerus Bd. 1, 1 § 114 I, 1; dagegen Binding, Rausnitz, Crusen, Cosack, Gierke, D. PrivR. Bd. 2 S. 35.

[3]) Josef a. a. O. S. 123.

hat, Aktiva wie Passiva. Man kann aber unmöglich sagen, daß dem Erblasser sein Körper im Sinne des Vermögensrechtes gehört habe. Denn der lebende Mensch und sein Körper sind identisch, eine begriffliche Trennung ist nicht denkbar. Daß der Mensch zu seinen Lebzeiten über seinen Körper in gewissen Grenzen verfügen kann, hat seinen Grund nicht etwa darin, weil der Körper ihm „gehörte", sondern ist vielmehr ein Ausfluß seines Persönlichkeitsrechtes, das aber — wie wir schon oben mehrfach hervorgehoben haben — mit dem Tode untergeht. Da also der Leichnam nicht zum Vermögen gehört und eine Bestimmung des Inhaltes, daß der Leichnam dem Erben gehören solle, fehlt, sonst aber niemand in Frage kommt, der ihn für sich in Anspruch nehmen könnte, so ist er somit herrenlos.[1])

Nun[2]) erwirbt nach § 958 BGB. an einer herrenlosen Sache Eigentum, wer die Sache in Eigenbesitz nimmt, es sei denn, daß die Aneignung gesetzlich verboten ist oder durch die Besitzergreifung das Aneignungsrecht eines anderen verletzt wird. Wie verhält es sich mit der Anwendbarkeit dieses Paragraphen auf den vorliegenden Fall? Daß einer Aneignung am Leichnam die polizeirechtliche Vorschrift der Beerdigung innerhalb einer gewissen kurzen Zeit entgegenstehe,[3]) ist nicht richtig, da bis zur Beerdigung Eigentum am Leichnam bestehen kann. Andererseits ist es auch nicht denkbar, daß jeder Beliebige durch in Eigenbesitznahme des Leichnams Eigentum daran erwerben könnte. Dem steht auch schon der § 168 StGB. entgegen. Zu einem befriedigenden Ergebnis in dieser schwierigen Frage kann man daher nur gelangen, wenn man ein den Erben zustehendes Aneignungsrecht annimmt.[4])

---

[1]) Leonhard IV zu § 1968; Staudinger; v. Schwerin S. 664; Dernburg S. 5.

[2]) vgl. zum folgenden Schwerin S. 664 f.

[3]) Josef S. 124/125.

[4]) Enneccerus Bd. 1, 1 § 114 S. 276 Anm. 5 hält eine Okkupation nicht für zulässig. Nach Dernburg, Sachenrecht S. 5 verstößt die Okkupation des Leichnams durch die Erben gegen die guten Sitten. Dies ist an und für sich nicht richtig. Die bloße Aneignung und die darauffolgende Verfügung kann sehr wohl sittlich sein.

Zwar ist von solchem Aneignungsrecht in keinem Gesetz die Rede. Dennoch erscheint es unbedenklich, hier ein solches anzunehmen, zumal die Gesetzgebung auf diesem Gebiet noch große Lücken aufweist. Es ist dies auch die einzige Möglichkeit, um den doch recht häufigen Fall des Leichenverkaufs an Anatomien usw. in eine juristische Form zu bringen.[1]) Allerdings machen die Erben in den wenigsten Fällen von ihrem Aneignungsrecht Gebrauch. Denn man darf nicht in jeder Verfügung, die der Erbe über den Leichnam trifft, eine Ausübung des ihm zustehenden Aneignungsrechtes sehen. Zu derartigen Verfügungen wird der Erbe meistens durch sein Pietätsgefühl gegenüber dem Verstorbenen veranlaßt werden.

Wann der Erbe nach § 958 Abs. 1 Eigentum an dem Leichnam erwirbt, ist Tatfrage. Man wird dies danach beurteilen müssen, welcher Art die von dem Erben getroffene Verfügung ist. Wenn z. B. der Erbe einen Leichnam an eine Anatomie veräußert, so hat er zuvor von seinem Aneignungsrecht Gebrauch gemacht. Denn es ist nur so möglich „daß das Institut Eigentum an dem Leichnam erwerben kann, nämlich dadurch, daß der Erbe sein durch Aneignung erlangtes Eigentum an das Institut überträgt. Den heute üblichen, tatsächlichen Verhältnissen entspricht nicht die Ansicht Mittelsteins (S. 179): Der Leichenverkauf begründe kein juristisches, sondern nur ein tatsächliches Verhältnis, dem eine Zwangsgewalt nicht zur Seite stände; der Empfänger der Leiche dürfe sie nur zu wissenschaftlichen Zwecken verwenden und müsse sie auf Verlangen der Angehörigen nach Gebrauch zum Zwecke der Beerdigung herausgeben.

Auch Besitz am Leichnam ist möglich, die §§ 858 ff. finden Anwendung.

IV. 1. Anordnungen des Erblassers über sein Begräbnis und Verfügungen über seinen Leichnam.

Zuweilen kommt es vor, daß ein Verstorbener zu seinen Lebzeiten in der Form einer Verfügung von Todes wegen Be=

---

[1]) Ebenso auch v. Schwerin S. 665.

stimmungen über sein Begräbnis getroffen hat,[1]) z. B. wo er begraben werden will, wie er die Grabstätte angelegt und gepflegt, ein Grabmal errichtet und die Inschrift darauf abgefaßt haben möchte und ähnliches mehr. Derartige Anordnungen sind als Auflagen anzusehen, und es gelten für sie die allgemeinen Vorschriften bezüglich ihrer Gültigkeit und Rechtswirksamkeit.[2])

Schwieriger ist die Frage nach der Rechtswirksamkeit und juristischen Natur von Verfügungen des Erblassers über seinen Leichnam. Nach dem im vorigen Abschnitt Gesagten ist eine derartige Anordnung des Erblassers eine Verfügung über eine zukünftige, herrenlose Sache, die nicht zu dem Nachlaß, dem Vermögen des Erblassers gehört, im Gegensatz zu den meisten Verfügungen des Erblassers, die sich nur auf den Nachlaß beziehen und vorwiegend vermögensrechtlicher Natur sind. Solche Verfügungen sind ungültig, soweit sie gegen eine bestehende Gesetzesvorschrift verstoßen oder unsittlich sind. (Hiernach ist also die Verfügung: „Nach meinem Tode ist meine Leiche im Krematorium von X zu verbrennen und die Asche in die Luft zu zerstreuen oder in den Rhein zu versenken" in ihrem letzten Teile ungültig, weil sie gegen §§ 6 u. 11 des preuß. Feuerbestattungsgesetzes verstößt. Die ministerielle Anweisung v. 29. 9. 1911 zur Ausführung des Gesetzes betr. die Feuerbestattung [GS. S. 193] führt unter I, 6 aus, der Zweck dieser Vorschriften sei, „die Aschenreste jeder willkürlichen Verfügung seitens Privater zu entziehen und zu verhindern, daß über die Aschenreste in einer Weise verfügt wird, welche einerseits dem Empfinden der Pietät widerspricht, andererseits sie auch der Nachprüfung im Interesse der Strafrechtspflege zu entziehen geeignet ist".) Diese Unsittlichkeit kann, wie Gareis[3]) ausführt, liegen:

1. in der Art und Weise, wie nach dem Willen des Verfügenden mit dem Leichnam verfahren werden soll, also z. B. eine

---

[1]) Solche „Verordnungen wegen des Begräbnisses" in Form einer Verfügung von Todes wegen kennt schon das preuß. ALR. I, 12 § 169.

[2]) vgl. hierzu bes. die Kommentare und Strohal Bd. 1 S. 259; Borcherdt § 118 I a; Windscheid, Pand. Bd. 3 § 678, 2; Kretzschmar S. 343.

[3]) Sonderdruck S. 35.

Verfügung, wonach der Leichnam zum Füttern wilder Tiere verwendet werden soll, und

2. in dem Ziele oder Zwecke der Verfügung bezw. der von der einen oder anderen Seite übernommenen Verpflichtung. Hiernach ist der Verkauf der eigenen Leiche unter Lebenden aus bloßer Gewinnsucht als unsittlich zu bezeichnen. Es lassen sich aber auch Fälle denken, wo ein entgeltlicher Vertrag über die zukünftige Leiche nicht gegen die guten Sitten verstößt. Kommen dann im Todesfall diejenigen, die den Leichnam im Gewahrsam haben, der durch den Erblasser begründeten Verpflichtung nach und übergeben denselben z. B. der Anatomie — dies wird wohl in den meisten Fällen geschehen, da es sich doch nur um die untersten sozialen Klassen handeln kann —, so ist dies gültig. Verweigere sie jedoch die Herausgabe der Leiche, um sie zu bestatten, so hat die Anatomie, wie wir weiter unten auseinandersetzen werden, kein Mittel, die Herausgabe zu erzwingen. Sie hat gegen die Erben nur einen klagbaren Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, dessen Verfolgung aber praktisch illusorisch sein wird.[1])

Sehr häufig ist eine Verfügung, wonach der Erblasser die Feuerbestattung anordnet. Daß eine solche unsittlich wäre, wird wohl beim heutigen Stand der Dinge niemand behaupten wollen und können. Aber hieraus läßt sich auch nicht ohne weiteres ihre Gültigkeit und Rechtswirksamkeit folgern. Um zu dieser Frage Stellung nehmen zu können, ist es nötig, auf die geschichtliche Entwicklung, Wesen und Zweck der Feuerbestattung kurz einzugehen.

Im Altertum[2]) war die Leichenverbrennung sehr gebräuchlich. Die Verbreitung des Christentums in Europa hat sie verdrängt, und an ihre Stelle ist die Beerdigung, die Beisetzung im Erdgrabe, getreten. Erst in neuerer Zeit hat man versucht, die Leichenverbrennung wieder einzuführen, und zwar unter Anwendung aller Hilfsmittel der modernen Technik. Hauptsächlich sind es

---

[1]) vgl. das Nähere unter IV, 1.

[2]) vgl. zum folgenden „Die Flamme“ 1905 bis 1912 und Beutinger, Handb. der Feuerbestattung.

sanitäre, ökonomische und ästhetische Gründe, die man für die Leichenverbrennung in die Wagschale legt, indem man ihr auf der anderen Seite die Übelstände der Beerdigung gegenüberstellt, wie Verunreinigung von Trink- und Grundwasser, die Möglichkeit der Verbreitung ansteckender Krankheiten, die Schwierigkeiten, die die Beschaffung von ausreichendem Grund und Boden besonders in den Großstädten verursacht, und schließlich die oft sehr lange dauernde Verwesung der Leichen, der ein kurzer, vollständiger Zersetzungsprozeß bei der Leichenverbrennung gegenübersteht, und zwar in einer Form, die der Pietät der Hinterbliebenen in weitgehendem Maße Rechnung trägt. Ende der 70er Jahre des vorigen Jahrhunderts begann man mit der Errichtung von Krematorien in Italien, England, Deutschland und der Schweiz. Zahlreiche maßgebende Stimmen, u. a. die medizinischen Kongresse von London 1891, Budapest 1894, Moskau 1897, sprachen sich zugunsten der Feuerbestattung aus. Trotzdem machte die Entwicklung der Leichenverbrennung bis zum Schlusse des 19. Jahrhunderts nur geringe Fortschritte. Die Gründe hierfür sind verschiedener Art. Die Justiz, die für sich das Recht der Exhumierung von Leichen zwecks Entdeckung von Verbrechen in Anspruch nimmt, machte Bedenken geltend, da sie fürchtete, bei der Einführung der Feuerbestattung eines Beweismittels verlustig zu gehen. (Näheres hierüber findet sich bei Hellwig, Gerichtliche Medizin und Feuerbestattung.) Auch die Kirche verhielt sich ihr gegenüber meist ablehnend. Ein päpstliches Dekret vom Jahre 1886 untersagte allen Katholiken die Beteiligung an einer Feuerbestattung; ungefähr um dieselbe Zeit verbot der Evangelische Oberkirchenrat in Preußen den Geistlichen, bei Feuerbestattungen religiöse Trauerfeiern abzuhalten. Zwar wird von kirchlicher Seite zugegeben, daß die Feuerbestattung nicht gegen das Dogma verstoße, nur wird behauptet, daß sie einen Bruch mit den seit alters her überkommenen christlichen Sitten und Gebräuchen darstelle. Bedenkt man aber, daß die Sitten und Gebräuche dem Wandel der Zeiten unterworfen sind und sich gerade die Sitten auf dem Gebiete der Bestattung geändert haben, so fällt dieser Grund weg. Vielfach wird die Feuerbestattung für wesentlich teurer als die Beerdigung gehalten. Bei vielen Menschen scheint das religiöse

Bedürfnis durch das Erdbegräbnis besser befriedigt zu werden. Sehr viele machen sich überhaupt keine Gedanken darüber, was nach dem Tode mit ihrem Leichnam geschieht. In manchen Staaten, z. B. Preußen, war die Leichenverbrennung nicht statthaft; es gab demgemäß wenig Krematorien.

Erst in den letzten Jahren nahm die Feuerbestattung einen ganz eminenten Aufschwung, nachdem die eben erwähnten, ihr entgegenstehenden Hinderungsgründe teils widerlegt worden sind, teils an Bedeutung verloren haben. In Preußen wurde sie für zulässig erklärt durch das Gesetz v. 14. 9. 1911. Ein Runderlaß des Evangelischen Oberkirchenrats v. 15. 11. 1911 trägt der Veränderung der Rechtslage, die durch die staatliche Regelung der Feuerbestattung in Preußen eingetreten ist, Rechnung und stellt demgemäß „den Geistlichen anheim, da, wo ihre amtliche Teilnahme an einer Feuerbestattung begehrt wird und nicht sonstige kirchliche Gründe die Ablehnung zur Pflicht machen, ihre Mitwirkung in Amtstracht zu gewähren". Nur bei dem Verbrennungsakte selbst dürfen die Geistlichen nicht amtieren. — Auch die katholische Kirche ist in ihrer schroffen Abneigung gegen die Feuerbestattung etwas gemäßigter geworden. Besonders hartnäckig verhält sich auch heute noch das Judentum. Seitdem steigt die Zahl der Leichenverbrennungen von Jahr zu Jahr. Wie die Statistik der Feuerbestattungsfälle zeigt, schreitet die Neigung der Menschen, sich verbrennen zu lassen, immer mehr fort, wobei bemerkenswert ist, daß die Anhänger der Feuerbestattung gerade den gebildeten Kreisen angehören, die doch dazu berufen sind, die Volksüberzeugung heranzubilden. Hieraus geht hervor, daß es sich bei der Leichenverbrennung um eine zeitgemäße Bestattungsform handelt, die vom rechtlichen Gesichtspunkte aus Anspruch auf Gleichberechtigung mit der Beerdigung machen kann. Beerdigung und Verbrennung sind also die beiden einzigen bei uns gebräuchlichen Bestattungsformen.

Zieht man alle diese Erwägungen in Betracht, dann ist es wohl klar, daß die Anordnung der Feuerbestattung Gültigkeit haben muß. Sie ist aber auch rechtswirksam, d. h. sie hat rechtliche Wirkungen, die sich schon darin äußern, daß das Gesetz von ihr überhaupt die Zulässigkeit der Feuerbestattung abhängig macht.

Das preuß. Gesetz v. 14. 9. 1911 sagt im § 7 Ziff. 3 ausdrücklich: Die Genehmigung der Ortspolizeibehörde des Verbrennungsortes zur Vornahme der Feuerbestattung muß versagt werden, wenn nicht beigebracht ist „der Nachweis, daß der Verstorbene die Feuerbestattung seiner Leiche angeordnet hat“. Nach § 9 Abs. 1 des Gesetzes kann dieser Nachweis erbracht werden:

1. „durch eine letztwillige Verfügung,

2. durch eine mündliche Erklärung des Verstorbenen, die von einer zur Führung des öffentlichen Siegels berechtigten Person als in ihrer Gegenwart abgegeben beurkundet ist“.

Ähnliche Bestimmungen enthalten da, wo die Feuerbestattung nicht gesetzlich geregelt ist, die jeweiligen Krematorienordnungen. (Ohne besondere Willensäußerung des Verstorbenen werden Leichenverbrennungen nur in den nichtpreußischen Krematorien von Gotha, Hamburg, Bremen und Gera vorgenommen.) Schon hiernach erledigt sich m. E. die bisher vielumstrittene Frage: „Kann testamentarisch die Leichenverbrennung rechtswirksam angeordnet werden?“ [1]) Eine weitere Folge der Rechtswirksamkeit ist, daß das Gesetz Mittel an die Hand gibt, diese Anordnung der Feuerbestattung auch durchzusetzen, z. B. auch gegen den Willen des Erben. Welche Mittel dies sind, richtet sich nach der juristischen Natur der Verfügung.

Eine Verfügung des Erblassers, wodurch er die Verbrennung seiner Leiche anordnet, hat den Charakter einer Auflage. Nach § 1940 BGB. kann der Erblasser durch Testament den Erben oder einen Vermächtnisnehmer zu einer Leistung verpflichten, ohne einem anderen ein Recht auf die Leistung zuzuwenden. Die Auflage hat gewisse Ähnlichkeiten mit einem Vermächtnis, unterscheidet sich aber, wie aus § 1940 hervorgeht, hauptsächlich von diesem dadurch, daß bei ihr kein Bedachter vorhanden ist, dem ein Recht auf die dem Beschwerten auferlegte Leistung zugewendet wäre. Selbst wenn die Leistung einer bestimmten Person zum Vorteil gereicht, so besteht doch kein Anspruch dieser Person auf die Leistung. Es braucht sogar eine solche durch die Leistung

---

[1]) vgl. Sandheim im Recht 1905 S. 43; Josef ebenda S. 103; Marcus im ZBlFG. Bd. 5 S. 767.

begünstigte Person gar nicht vorhanden zu sein.[1]) Während so bei dem Vermächtnis das Hauptgewicht auf der Begünstigung des Bedachten liegt, liegt es bei der Auflage auf der Leistung selbst.

Bestritten ist, ob die Leistung einen Vermögenswert haben muß oder nicht. Nach Kipp[2]) ist die Erfüllung einer Auflage immer zu denken als eine Handlung von berechenbarem Kostenwert. Da der Erblasser nur in Höhe des Zugewandten Verpflichtungen auferlegen könne, so müßten diese ihrem Betrage nach mit dem Wert des Zugewandten vergleichbar sein.

Mit Recht wendet sich hiergegen Leonhard.[3]) Die Vorschrift, daß der Bedachte nicht über den Wert der Zuwendung hinaus hafte, beziehe sich nur auf den Teil, der vermögensrechtliche Pflichten auferlege; daneben gäbe es auch noch andersartige Pflichten für den Belasteten.

Gegenstand oder Inhalt einer Auflage können eben die verschiedensten Leistungen sein. Häufig greift der Erblasser zur Anordnung von Auflagen, wenn es sich handelt um die Wahrung höchstpersönlicher Interessen für die Zeit nach seinem Tode. Hierher gehört auch die Auflage der Feuerbestattung.

Zwar greift diese auch in das Vermögensrecht hinüber, indem der damit Belastete verpflichtet ist, die Kosten derselben zu tragen. Ihre Hauptbedeutung liegt aber wohl außerhalb des Vermögensrechtes, nämlich darin, daß es dem Erblasser darauf ankommt, daß seine Leiche verbrannt wird.

Entgegen der hier vertretenen Ansicht glaubt Josef,[4]) daß es sich nicht um eine Auflage handeln könne. Er geht dabei von dem Gedanken aus, daß mit einer Auflage gemäß § 2192 in Verb. mit § 2147 nur der Erbe und der Vermächtnisnehmer belastet werden können, die Beerdigung zu besorgen aber den

---

[1]) Es ist daher nicht richtig, was Frommhold (2 zu § 1940) ausführt, es müsse „im Interesse anderer" dem Bedachten eine Verpflichtung auferlegt sein. Man denke nur an die doch zweifellos gültige Auflage, im Winter den Vögeln Futter zu streuen.

[2]) Kipp, Erbrecht § 114 VIII S. 307 und derselbe zu Windscheid Bd. 2 § 251 III, 2.

[3]) a. a. O. Bd. 2 zu § 2192.

[4]) Recht 1905 S. 103.

„Hinterbliebenen“ obliege, also Personen, die möglicherweise nicht mit Erben und Vermächtnisnehmern identisch zu sein brauchen. Wäre es tatsächlich Aufgabe der Hinterbliebenen, die Beerdigung zu besorgen, dann hätte Josef recht. Wir werden aber weiter unten den Beweis erbringen, daß dies nicht der Fall ist. Weiter führt Josef gegen die „Auflage der Feuerbestattung“ aus, daß es an dem der Auflage sonst wesentlichen privatrechtlichen Rechtsschutz fehle, da das Verfügungsrecht über die Leiche sich nicht auf das Gesetz, sondern auf Sitte und Herkommen gründe.[1]) Diese Auffassung ist aber irrig. Denn ich sehe keinen Grund, warum die Auflage der Feuerbestattung des privatrechtlichen Rechtsschutzes entbehren sollte. Aus ihr erwächst für den Beschwerten zunächst eine persönliche Verpflichtung, sie zu vollziehen. Tut er es nicht, so kann die Vollziehung von ihm verlangt werden, und zwar steht dieses Recht zu dem Erben, dem Miterben und demjenigen, welchem der Wegfall des mit der Auflage zunächst Beschwerten unmittelbar zustatten kommen würde. (Ein öffentliches Interesse an der Leichenverbrennung, so daß auch die Behörde die Vollziehung derselben verlangen könnte, wird man nicht annehmen dürfen [BGB. § 2194].) Nötigenfalls können diese Personen auch im Prozeßwege gegen den Beschwerten vorgehen. Sollte also eine Einigung nicht erzielt werden, und die Bestattung dadurch hinausgezogen werden, so kann die Polizei auf Grund ihrer allgemeinen Befugnisse zwecks Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung oder Abwendung der der Allgemeinheit oder einzelnen bevorstehenden Gefahr (preuß. ALR. II, 17 § 10) die zwangsweise Beerdigung oder zum mindesten die einstweilige Beisetzung herbeiführen.[2])

Der von Sandheim gegen diese Auflage geltend gemachte Einwand, daß es fraglich bleibe, ob die Klageberechtigten die Ausführung der Leichenverbrennung verlangen werden, ist nicht stichhaltig, da dies ja bei jeder Auflage der Fall ist. Übrigens werden die Erben in den weitaus meisten Fällen gerade derartige Anordnungen schon aus Pietät gegen den Verstorbenen befolgen.

---

[1]) Wie Josef auch Staudinger 2a zu § 90.

[2]) Marcus a. a. O.

Sollte der Erblasser die Nichtbefolgung dieser Anordnung befürchten, so gibt ihm das Gesetz Mittel, dieselbe zu sichern, z. B. durch Einsetzung eines Testamentsvollstreckers. Denn daß dieser die Vollziehung einer Auflage verlangen kann, obwohl er abweichend vom 1. Entwurf im § 2194 nicht genannt ist, ergibt sich zweifellos aus §§ 2208 Abs. 2 u. 2223.[1]) Außerdem kann der Erblasser das Unterbleiben der Feuerbestattung zur Endbedingung der Hauptzuwendung erheben, wodurch der Eintritt einer Nacherbfolge herbeigeführt wird.[2]) Die an die Nichtbefolgung der Anordnung geknüpften Folgen treten natürlich nur dann ein, wenn der Beschwerte trotz Möglichkeit der Durchführung zuwiderhandelt. Wenn z. B. jemand, der seinen Erben bei Verlust ihres Erbrechts die Verbrennung seiner Leiche zur Pflicht gemacht hat, bei einem Schiffsuntergang umkommt oder im Krieg fällt, so treten hier die Folgen — Nacherbfolge usw. — nicht ein. Dies ergibt sich schon aus den allgemeinen Grundsätzen von Treu und Glauben und Unmöglichkeit der Leistung.

Wie verhält es sich mit einer Verfügung des Erblassers, wonach er seinen Leichnam einem pathologischen Institute, einer Anatomie oder einem Arzte zu wissenschaftlichen Zwecken „vermacht"? Handelt es sich hier um ein Vermächtnis im technischen Sinne? Diese Frage kann kurzweg verneint werden. Denn das Vermächtnis hat durchaus vermögensrechtlichen Charakter,[3]) und zwar soll dem Bedachten etwas aus dem Nachlaß, entweder ein zum Nachlaß bereits gehöriger oder mit Mitteln des Nachlasses erwerblicher Gegenstand (so beim Verschaffungsvermächtnis des § 2170) zugewendet werden. Hieraus folgt, daß ein „Vermächtnis des Leichnams" nicht in Frage kommt. Es entsteht also für die Anatomie usw. kein klagbares Forderungsrecht auf Herausgabe der Leiche.[4]) Es mag nun dahingestellt

---

[1]) Ebenso Planck 2 zu § 2194; Kretzschmar S. 186 II, 1a; Frommhold 4 zu § 2203.

[2]) Leonhard II C IV zu § 2192.

[3]) Dies ist im Anschluß an Prot. Bd. 5 S. 6 von Strohal S. 20 Anm. 1 bestritten.

[4]) And. A. v. Schwerin S. 669, der aus der rechtlichen Natur des Leichnams als Sache die Konsequenz zieht, daß der Mensch sowohl durch Vermächtnis als

bleiben, ob diese Bestimmung vielleicht ähnlich der Anordnung der Feuerbestattung eine Auflage ist. Kommt der Erbe dem Wunsche des Verstorbenen nach und überläßt die Leiche der Anatomie, so ist dagegen nichts einzuwenden. Tut es dies hingegen nicht, ordnet vielmehr die Beerdigung an, so gibt es kein Mittel, von ihm die Herausgabe des Leichnams zu verlangen.[1]) Hierfür lassen sich folgende Gründe anführen. Aus der öffentlichrechtlichen Beerdigungspflicht muß man ein Recht der Beerdigungspflichtigen folgern, den Leichnam zu bestatten, und zwar in einer zeitgemäßen Bestattungsform, also Beerdigung oder Feuerbestattung. Und dieses Recht kann von dem Erblasser nicht zwingend ausgeschlossen werden. Es muß auch noch folgendes in Betracht gezogen werden: Der Erbe weigert hier die Erfüllung nicht, wie in allen andern Fällen, aus eigenem Interesse, sondern im Gegenteil, er würde sich ja der Beerdigungspflicht und der damit verbundenen Kosten entlasten, wenn er dem Wunsche des Erblassers nachkäme. Es ist lediglich seine pietätvolle Gesinnung gegen den Erblasser, seine Liebe und Verehrung zu ihm, die eine solche profane Verwendung nicht zuläßt. Zudem nimmt der Erbe mit seiner Weigerung einen von der Allgemeinheit der überlebenden vertretenen Standpunkt ein. Daß bei einem Gebiet wie dem vorliegenden auf die Pietät der Überlebenden weitmöglichst Rücksicht zu nehmen ist, liegt in der Natur der Sache. Es wird dies auch in der Literatur und in der Rechtsprechung der Gerichte[2]) allgemein anerkannt. Auch die Rechtsordnung trägt diesem Gedanken Rechnung. So ist sogar der Leichnam eines Hingerichteten den Angehörigen auf ihr Verlangen freilich nur zur einfachen, ohne Feierlichkeiten vorzunehmenden Beerdigung zu verabfolgen. (§ 486 Abs. 5 StPO.)

Anders liegt die Sache, wenn der Erbe als Gegner der Leichenverbrennung der Anordnung der Feuerbestattung nicht

---

auch durch Vertrag unter Lebenden einem Dritten unmittelbar ein Recht auf Herausgabe des Leichnams gegen die Erben zuwenden kann.

[1]) Rausnitz im Recht 1903 S. 599 hält eine Bestimmung des Verstorbenen, durch die er seinen Leichnam im Interesse der Wissenschaft der Anatomie überläßt, für seine Erben bindend.

[2]) OLG. Bd. 16 S. 262ff.

nachkommen wollte. Die Leichenverbrennung des Verstorbenen mag zwar gegen das persönliche Gefühl des Verbrennungsgegners verstoßen. Aber nach alledem, was oben über die heutige Bedeutung der Feuerbestattung gesagt ist, wäre die Verweigerung derselben m. E. gerade eine Verletzung der Pietät gegen den Verstorbenen, indem der Erbe seiner persönlichen Meinung über die Bestattungsformen vor der doch zweifellos ebenso sittlichen Auffassung des Verstorbenen den Vorzug geben wollte. Dies sei denjenigen erwidert, denen die verschiedene Behandlung beider Fälle vielleicht widersprechend erscheinen mag.

2. Verfügungen Dritter über den Leichnam und über das Begräbnis eines Verstorbenen.

Eben haben wir die Fälle behandelt, wo der Erblasser selbst Anordnungen über die Art und Weise seines Begräbnisses getroffen hat. In der Praxis gehören diese zur Minderheit. Die Mehrzahl der Menschen stirbt, ohne derartige Verfügungen zu hinterlassen, und da fragt es sich, wem hier ein Bestimmungsrecht über Leichnam und Begräbnis usw. zusteht und wieweit derartige Verfügungen Dritter zulässig sind.

Nach Josef[1]) gibt es überhaupt keinerlei Rechte dritter Personen am Leichnam eines Verstorbenen. Wohl aber stehe den Hinterbliebenen die Befugnis zu gewissen Verfügungen über den Leichnam zu, die jedoch — ebenso wie das Recht der Eltern, von den Kindern Gehorsam zu verlangen — nicht auf gesetzlicher Vorschrift, sondern auf Sitte und Herkommen beruhe. Richtig ist, daß es eine gesetzliche Vorschrift hierüber nicht gibt. Im übrigen ist der Vergleich nicht sehr treffend, denn die beiden Vergleichsobjekte liegen auf ganz verschiedenen Gebieten. Es ist nicht nötig, daß sich jedes Recht auf eine Gesetzesvorschrift stützt, sondern es gibt auch Gewohnheitsrecht, und wenn ein solches Recht verletzt wird, so habe ich einen Anspruch auf Rechtsschutz. Wir haben oben schon festgestellt, daß es ein Recht der Überlebenden auf Bestattung des Verstorbenen gibt.[2]) Ein weiteres

---

[1]) BayZ. Bd. 1 S. 123 ff.

[2]) s. S. 43.

Recht an einer Leiche ist das Recht auf Gewahrsam. Dies ist im § 168 StGB. zum Ausdruck gebracht durch die Worte: „Wer unbefugt eine Leiche aus dem Gewahrsam der dazu berechtigten Person wegnimmt“. (Als berechtigt im Sinne dieser Vorschrift wird man mit Frank — I zu § 168 — diejenigen Personen anzusehen haben, denen die Sorge für die Bestattung obliegt, event. jeden, der die Obhut über den Leichnam übernommen hat.) Zweifellos handelt es sich hier also um Rechte und nicht nur um bloße Befugnisse. Diese Rechte sind auch entgegen der von Josef vertretenen Ansicht nicht den „Hinterbliebenen“, sondern den Erben zuzusprechen.[1])

Denn wer im einzelnen Fall Hinterbliebener ist, wird sich schwer feststellen lassen. Der Begriff „Hinterbliebene“ ist dem Gesetz fremd und juristisch unklar. Dann ist es auch ein naheliegender Gedanke, daß derjenige, der die Kosten der Beerdigung zu tragen hat, auch Näheres über die Art und Weise des Begräbnisses bestimmen kann, womit jedoch nicht mit Sicherheit gesagt werden soll, daß das Bestimmungsrecht aus der Kostentragungspflicht unbedingt zu folgern ist. Es ist ferner zu beachten, daß das Interesse an dem Verstorbenen und seinem Begräbnis meist da sein wird, wo seine Güter hinfallen, und aus diesem Gesichtspunkt heraus „erscheint es auch gar nicht richtig, daß die enterbten Brüder des Erblassers über die Art des Begräbnisses entscheiden sollen“.[2])

Zwar wird man regelmäßig dies Recht dem Ehemann und den elterlichen Gewalthabern in analoger Anwendung der §§ 1354 und 1631 zusprechen müssen.[3]) Bei der Entscheidung hierüber

---

[1]) Wie hier Leonhard a. a. O.; Regelsberger, Pand. § 110 II; Endemann Bd. 2 S. 22 c; Staudinger 2a zu § 90 und IV, 2d zu 1922; derselbe, Vorträge S. 87; OLG. Bd. 2 S. 426, Bd. 14 S. 248. Anderer Ansicht Josef a. a. O.; Kipp, Erbrecht S. 2 N. 7 u. S. 178 N. 4; Gierke, D. PrivR. Bd. 2 S. 35; scheinbar auch OLG. Hamburg Bd. 16 S. 262 f.

[2]) Leonhard IV zu 1968.

[3]) vgl. OLG. Bd. 2 S. 246 und Bd. 14 S. 248. — Dieser Gedanke kommt auch in dem § 9 Abs. 2 des preuß. Gesetzes v. 14. 9. 1911 zum Ausdruck, wo es über die Anordnung der Feuerbestattung heißt: Stand der Verstorbene unter elterlicher Gewalt, und hatte er nicht das 16. Lebensjahr vollendet, so tritt der Antrag des Inhabers der elterlichen Gewalt an die Stelle der Anordnung.

hat jedoch der Richter die Umstände des konkreten Falles zu berücksichtigen, z. B. unglückliche, nur wenige Monate dauernde, kinderlose Ehe, große Liebe der Eltern zur Tochter; Familiengruft auf seiten der Aszendenten, ärmliche, pietätlose Bestattung von seiten des Mannes. — Ebenso ist der Witwe und ihren Kindern ein Gedenkungsrecht auf dem Grabstein ihres verstorbenen Mannes einzuräumen, soweit dieses ortsüblich ist.[1])

Es sei hier noch kurz auf folgendes hingewiesen: Wer wie oben Verfügungen des Erblassers bezüglich seiner Leiche und seines Begräbnisses als Auflagen ansieht, muß schon deshalb ein Bestimmungsrecht der Erben und nicht der „Hinterbliebenen" annehmen. Denn solche Anordnungen des Erblassers sollen und können sich doch nur an diejenigen richten, denen beim Mangel solcher Anordnungen ein Bestimmungsrecht zusteht. Mit Auflagen kann aber nur beschwert werden, wer durch Verfügung von Todes wegen etwas erhält. Zu den Hinterbliebenen können aber auch solche Personen gehören, die gar nichts erhalten, z. B. enterbte Brüder. In dieser Hinsicht hat also Josef recht, nur verwendet er diese Tatsache mit Unrecht zu dem umgekehrten Schluß.

Wenn hiernach die Anordnungen über das Begräbnis usw. in erster Linie dem Erben zugestanden werden, so ist damit nicht etwa gesagt, daß Familienangehörige überhaupt nichts mit der Beerdigung zu tun haben. Natürlicherweise sind ihre Anordnungen maßgebend, „wenn der Erbe noch unbekannt, z. B. wegen Vorliegens eines noch uneröffneten Testaments, oder in der Art ortsabwesend ist, daß eine rechtzeitige Verständigung mit ihm nicht möglich erscheint".[2]) Häufig werden auch die Anordnungen derjenigen maßgebend sein, die die tatsächliche Verfügungsmacht über den Leichnam haben. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Tod in öffentlichen Krankenhäusern, Armenanstalten oder Gefängnissen erfolgt und andere Privatpersonen sich um das Begräbnis des Verstorbenen nicht kümmern, sei es daß sie es nicht wollen oder nicht können.

---

[1]) Recht 1911 Nr. 2165; OLG. Bd. 22 S. 180.

[2]) Staudinger, Vorträge S. 87.

Aus alledem, was wir oben über die rechtliche Natur des Leichnams, über das Aneignungsrecht der Erben an dem Leichnam und ihr Bestimmungsrecht über die Art des Begräbnisses usw. gesagt haben, folgt, daß die Erben innerhalb der Grenzen der guten Sitten über den Leichnam beliebig verfügen können, wenn nicht gültige Anordnungen des Verstorbenen entgegenstehen. Die mögliche Zahl der Verfügungen, die nicht gegen die guten Sitten verstoßen, ist allerdings sehr beschränkt. Man darf hierzu rechnen:

das Recht, Anordnungen zu treffen über die Beerdigung und das Begräbnis.[1]) Auf dieses Recht kann verzichtet werden; ebenso kann es Gegenstand eines Vertrages sein. So ist z. B. ein Vertrag des Ehemannes mit den Eltern seiner Frau, wonach diese die Beerdigung in ihrem Erb- oder Familienbegräbnis übernehmen, gültig;[2])

das Recht, die Leiche photographieren oder sezieren zu lassen.[3])

Der Leichenverkauf zwecks Erhöhung der Aktivmasse des Nachlasses ist unbedingt als unsittlich zu bezeichnen. Dagegen ist gegen die Überlassung einer Leiche an ein pathologisches Institut usw. zu wissenschaftlichen Zwecken, selbst wenn hierfür ein Entgelt gezahlt werden sollte, m. E. nichts einzuwenden. Man wird hierbei die Anschauungen der sozialen Klasse, der Erbe und Erblasser angehören, in Betracht ziehen müssen.[4]) Dies ist jedoch bestritten.

Wenn der Erblasser die Leichenverbrennung angeordnet hat, dann können die Erben bestimmen, wo die Aschenreste aufbewahrt werden sollen. In diesem Recht sind sie jedoch beschränkt durch die gesetzliche Vorschrift, wonach Aschenreste nur in einem behördlich verschlossenen Behältnis entweder in der Urnenhalle oder in einer anderen behördlich genehmigten Bestattungsanlage beigesetzt werden müssen (§ 6 des Gesetzes v. 14. 9. 1911). Hiernach

---

[1]) Die Feuerbestattung kann von den Erben nicht angeordnet werden, da nach dem preußischen Gesetze ihre Zulässigkeit von der Anordnung des Erblassers selbst abhängig gemacht wird.

[2]) OLG. Bd. 14 S. 248, Bd. 2 S. 426.

[3]) RG. Bd. 45 S. 173.

[4]) v. Schwerin a. a. O. S. 667.

ist es also nicht mehr möglich, was früher häufig zu geschehen pflegte, daß die Verwandten Aschenreste Angehöriger in ihrer Wohnung aufbewahren.[1])

Mit den hier angeführten Verfügungsmöglichkeiten dürfte das erwähnte Bestimmungsrecht der Erben auch erschöpft sein.

V. Rechtsverhältnisse an Begräbnisstätten.

1. Das Recht, Leichen in der Erde zu begraben, wird man als Ausfluß des Grundeigentums ansehen müssen. Dieses Recht kann aber nicht ohne weiteres ausgeübt werden, es muß noch die öffentlichrechtliche Genehmigung hinzukommen, die hauptsächlich von sanitären und ästhetischen Rücksichten abhängig gemacht wird. Es ist dies ähnlich, wie vor der Errichtung eines Gebäudes auf einem Grundstück die baupolizeiliche Genehmigung nachgesucht werden muß.

Was die einzelnen Bezeichnungen der Begräbnisstätten als Friedhof, Kirchhof, Gottesacker, Gottesgarten, Begräbnisplatz usw. anbelangt, so sind diese heute gleichbedeutend und bezeichnen einen geweihten Ort, wo die Toten bestattet werden. Die Verschiedenheit der Benennungen beruht teils auf der Verschiedenheit der Vorstellung, die man sich von dem Grab gemacht hat, teils auf ursprünglichen Eigentümlichkeiten der Lage und der Beschaffenheit der Gräber, wie z. B. der Ausdruck Kirchhof in seiner buchstäblichen Bedeutung voraussetzte, daß derselbe wirklich um oder an der Kirche lag.[2])

Der Ausdruck „Grab“ bezeichnet die der Ruhe und dem Andenken eines Verstorbenen dienende Stätte, woraus folgt, daß das Einscharren einer Leiche durch den Mörder oder die unbefugte Beerdigung an einem unerlaubten Orte kein Grab schafft.

Während nach römischem Recht Orte, an denen ein menschlicher Leichnam von einer zur Verfügung über den Boden berech-

---

[1]) Dies gilt außer für Preußen auch für Sachsen. In allen anderen Bundesstaaten wird die Asche ohne weiteres den Angehörigen überlassen, sie dürfen sogar die Asche verstreuen. Mit Rücksicht auf die S. 35 angeführten Gründe wäre eine gleichmäßige, reichsrechtliche Regelung dieser Frage am Platze.

[2]) vgl. Wittken bei Gruchot Bd. 26 S. 662.

tigten Person beerdigt worden war, als res religiosae zu den res divini juris gehörten und somit res extra commercium waren — die eigentliche Grabstätte gehörte von dem Moment der Beerdigung ab den Manen des Verstorbenen, das daran bisher bestehende menschliche Eigentum erlosch und kein menschliches Vermögensrecht konnte, solange der Platz religiosus blieb, daran entstehen [1] —, ist schon im gemeinen Recht grundsätzlich anerkannt, daß ein Eigentum an ihm möglich ist. Durch das Begraben eines Toten tritt keinerlei Veränderung in den Eigentumsverhältnissen an dem betreffenden Orte ein.[2]

Auch nach heutigem Recht stehen die Begräbnisstätten, auch die öffentlichen, im gewöhnlichen privatrechtlichen Eigentum, entweder von politischen Gemeinden oder Kirchengemeinden, Religionsgesellschaften, besonderen Sepulturgemeinden, einzelnen Anstalten wie Klöstern, schließlich auch von einzelnen Privatpersonen wie z. B. Familiengrabstätten auf Landgütern. Denn der Vorbehalt des Landesrechts, wie er im Art. 133 EG. z. BGB. enthalten ist, bezieht sich nur auf das Recht zur Benützung eines Platzes auf einer öffentlichen Begräbnisstätte, nicht auf das Recht an der Begräbnisstätte selbst.

Dieses Eigentum an dem Friedhof wird ebenso wie das Eigentum an gewöhnlichen Grundstücken erworben durch Auflassung und Eintragung ins Grundbuch. Die Vorschriften BGB. §§ 873 u. 925, 313 finden Anwendung.

2. Während nun die Rechtsverhältnisse an dem Friedhof, wie sie hier dargestellt sind, ohne weiteres klar sind, ist das Recht an der einzelnen Grabstätte sehr bestritten.

Vor allem stehen sich hier scharf gegenüber öffentliches Recht und Privatrecht. Während viele Publizisten das Recht an dem Grab für öffentlichrechtlicher Natur erklären, behaupten die meisten Zivilisten, es gehöre dem Privatrecht an und sei daher nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurteilen. Für die erste Ansicht tritt hauptsächlich Meyer [3]) ein, und es mag im fol-

---

1) Czyhlarz S. 75.

2) RG. in Seufferts Arch. Bd. 36 Nr. 176; Enneccerus Bd. 1 § 123, II, 2

3) D. VerwR. S. 60—163.

genden seine Darstellung dem Inhalte nach kurz wiedergegeben werden.

Seine Ansicht über die Rechtsverhältnisse an dem Kirchhof deckt sich mit der unsrigen aber nur für die Zeit, bis die „Indienststellung" des Kirchhofes erfolgt, d. h. bis zu dem Augenblick, wo das Grundstück selbst die entsprechende äußerliche Beschaffenheit als Friedhof hat, der Allgemeinheit in der üblichen Weise der Zutritt zu demselben gestattet wird und seine tatsächliche Verwendung zu Beerdigungen durch den Grundstückseigentümer erfolgt. Mit dieser Indienststellung wird nach Mayers Auffassung das Grundstück eine „öffentliche Sache", das schon vorhandene Eigentum, das bisher zivilrechtlich zu beurteilen war, wird öffentliches, besser öffentlich-rechtliches Eigentum der Gemeinden oder Kirchen- oder Religionsgesellschaften, die öffentliches Eigentum an öffentlichen Sachen zu haben als Selbstverwaltungskörper fähig sind.[1])

Eine Sache nun, die im öffentlichen Eigentum steht, ist hierdurch der Anwendbarkeit des Zivilrechts entzogen.[2])

Jeder Gebrauch, der den einzelnen Menschen an öffentlichen Sachen zusteht, ist entweder Gemeingebrauch, d. h. Bestandteil der persönlichen Freiheit des Individuums, oder beruht auf einer staatlichen Gewährung. Diese wiederum kann entweder sein:

a) eine dem einzelnen gegenüber gemachte rein tatsächliche Einräumung, vermöge deren er die öffentliche Sache in einer in dem Gemeingebrauch nicht schon enthaltenen Weise benutzen darf, ohne von dem Herrn der öffentlichen Sache daran gehindert zu werden, eine Gebrauchserlaubnis, oder

b) ein zugunsten eines einzelnen durch Verwaltungsakt begründeter ausschließlicher Besitz und rechtlich geschützte Herrschaft an einem bestimmten Stück der öffentlichen Sache, die Verleihung.[3])

An den Kirchhöfen besteht kein Gemeingebrauch.[4]) Die mit

---

[1]) vgl. hierzu Mayer a. a. O. S. 65, 77, 82, 83, 85, 142.
[2]) a. a. O. S. 95/96.
[3]) a. a. O. S. 137/38.
[4]) a. a. O. S. 139.

der Anweisung eines Grabes (Reihengrabes)[1]) zur Beerdigung zugleich verbundene Erlaubnis für die Angehörigen, das Grab zu besuchen, durch Eingraben von Blumen und Sträuchern zu schmücken usw., ist weder Gemeingebrauch noch Verleihung, sondern die zwischen beiden stehende bloße Gebrauchserlaubnis. Durch diese wird für den einzelnen aber kein Recht an der Sache, sondern nur beim Vorhandensein von die Erteilung der Gebrauchserlaubnis regelnden Dienstanweisungen (hier Friedhofsordnungen) ein rechtlicher Anspruch gegen den Herrn der Sache begründet, „daß dieser sein Recht über dieselbe in der bestimmten Weise ausübe, um dem Erlaubnisträger den Gebrauch für die entsprechende Zeit und in der gehörigen Weise zu belassen.[2])

Weit fester als die eben besprochene bloße Gebrauchserlaubnis an Reihengräbern verbindet die Verleihung von Grabstätten zu besonderem Recht den Berechtigten mit der öffentlichen Sache. Hierbei werden Gräber auf einem bestimmten Teil des Kirchhofs (sogen. Erb- oder Familiengräber[3])), unter gewissen feststehenden Bedingungen zu besonderem Recht auf längere Dauer oder auf ewige Zeit verliehen, und zwar wird regelmäßig die Verleihung jedem erteilt, der die Bedingungen erfüllt, wenigstens solange der Vorrat reicht.[4])

Auch hier gehen die verliehenen Nutzungsrechte wie bei der Gebrauchserlaubnis über das im Gemeingebrauch Enthaltene hinaus. Es kommt aber noch hinzu, was bei diesen nicht der Fall ist, daß sie auf die Dauer berechnet sind und daß der Beliehene in förmlichen Besitz an einem Stücke der öffentlichen Sache tritt.

Soweit die Ansicht von Mayer. Es muß zugegeben werden, daß diese Auffassung viel für sich hat. Aber andererseits scheint mir doch, daß sie den Rechten des einzelnen und seinen Interessen nicht genügend gerecht wird. Wenn auch der Friedhof selbst im öffentlichrechtlichen Eigentum steht, so schließt dies doch nicht

---

[1]) s. darüber Näheres weiter unten.

[2]) a. a. O. S. 144/45.

[3]) s. Näheres darüber weiter unten.

[4]) a. a. O. S. 152.

aus, daß auch Privatpersonen Privatrechte daran erwerben können. Und ein solches Recht, das der einzelne gegen Bezahlung erwirbt und das ihm eine eigene geschützte Rechtsstellung verleihen soll, dürfte denn doch als ein privates aufgefaßt werden und aufzufassen sein.

Wenn man somit das Recht am Begräbnis als ein zivilistisches ansieht, so herrscht auch dann noch lebhafter Streit über seine rechtliche Natur.

Kein Zweifel besteht, wenn das Recht an dem Grab mit dem Recht an dem übrigen Grundstücke, also dem Grundeigentum, zusammenfällt, wie z. B. bei Familiengräbern auf Landgütern. Auch wenn der Veräußerer eines Grundstücks sich auf diesem einen Platz zur Beerdigung für sich und seine Familie vorbehält, finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zweifellos Anwendung. Denn es handelt sich nicht um einen Platz auf einer öffentlichen Begräbnisstätte, wie es im Art. 133 EG. z. BGB. ausdrücklich verlangt wird. Demnach ist dieses Recht nur dann ein dingliches, wenn es ins Grundbuch eingetragen wird. Für diesen Fall bleibt der Begräbnisberechtigte auch Eigentümer eines von ihm errichteten Grabdenkmals, und zwar gemäß § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB., während die auf dem Grab gepflanzten Blumen und Bäume in das Eigentum des Grundstückseigentümers übergehen (§ 94 Abs. 1 Satz 2).

Wird dagegen das Recht des Veräußerers nicht im Grundbuch eingetragen, so entsteht nur ein obligatorisches Recht für ihn, also auch nur eine persönliche Verpflichtung des Grundstückseigentümers zur Gestattung der Beerdigung bezw. Beisetzung von Aschenresten und zur Ausschmückung und Pflege der Grabstätte. Ein auf dem Grab errichtetes Denkmal und die eingepflanzten Bäume usw. gehen in das Eigentum des neuen Grundstückseigentümers über und zwar, wenn sie schon zur Zeit der Veräußerung vorhanden sind, bei der Veräußerung, andernfalls mit der Errichtung bezw. Einpflanzung. Denn diese Sachen gehören nach § 94 zu den wesentlichen Bestandteilen des Grundstücks, auf die nach § 946 BGB. sich das Eigentum an dem Grundstück erstreckt.[1])

[1]) vgl. auch weiter unten unter V, 3 die Ausführungen über § 95 Abs. 1 Satz 2.

Hatte der Veräußerer bereits auf dem Grundstück einen Begräbnisplatz angelegt und eine Beerdigung vorgenommen, so ist, wenn der Käufer von dem Bestehen des Begräbnisplatzes beim Vertragsschluß Kenntnis hatte, als stillschweigend vereinbart anzunehmen, daß die bereits vorhandenen Gräber bestehen bleiben sollen. Eine Verpflichtung des Erwerbers zur Duldung weiterer Beerdigungen ist hieraus aber nicht zu folgern. Diese besteht vielmehr nur dann, wenn sie ausdrücklich vereinbart wurde (§§ 133, 157, 242 BGB.).[1])

Schwieriger ist die Frage nach den am häufigsten vorkommenden Fällen, nach den Rechtsverhältnissen an den Grabstätten, die, sei es unentgeltlich, zu sofortiger Beerdigung, wie die sogen. Reihengräber, sei es entgeltlich, zu sofortiger oder demnächster Beerdigung, wie die sogen. Erb-, Familien- oder Eigentumsgräber, von dem Friedhofseigentümer angewiesen werden. Der Erwerb dieser letzteren wird vielfach „Kauf" genannt, teilweise auch als Miete bezeichnet. Schon der Gebrauch der verschiedenen Bezeichnungen beweist, daß man sich über die juristische Natur dieses Rechtsgeschäftes nicht im klaren war, und diese Unklarheit besteht bis auf den heutigen Tag.[2])

Im römischen Recht unterschied man zwischen sepulcra hereditaria und sepulcra familiaria. „Familiaria sepulcra dicuntur, quae quis sibi familiaeque suae constituit, hereditaria autem, quae quis sibi heredibusque suis constituit." (l. 5 D. de religios. XI, 7). Dieser Unterschied ist schon im preuß. allgem. Landrecht weggefallen. Das preuß. allgem. Landrecht faßt die Erb- und Familienbegräbnisse unter der Bezeichnung „Erbliche Familienbegräbnisse" zusammen (ALR. II, 11 § 185). Dem widerspricht auch nicht der § 461 ebenda; denn hier ist die Bezeichnung als Erb- oder Familienbegräbnisse als verschiedene Benennung derselben Sache, nicht als Name von verschiedener Bedeutung gebraucht.[3]) Auch heute ist kein Unterschied mehr zwischen Erb- oder Familienbegräbnissen. Solche werden nur angewiesen für eine bestimmte Familie und

---

[1]) vgl. Josef im Recht 1903 S. 95.

[2]) vgl. RG. Bd. 71 S. 22.

[3]) vgl. OTr. Bd. 73 S. 69.

deren Mitglieder und Erben.[1]) Hieraus folgt, daß das Recht an der Begräbnisstelle erlischt, wenn die berechtigte Familie ausgestorben ist, mit anderen Worten keine Berechtigte mehr da sind.

Auch die als Familiengräber angewiesenen Grabstätten bleiben, wie heute allgemein anerkannt ist, im Eigentum des Friedhofseigentümers, gehen also nicht in das Eigentum des Erwerbers über.[2]) Von einer Eigentumsverschaffung, wozu nach §§ 873 u. 925 BGB. Auflassung und Eintragung ins Grundbuch nötig wäre, ist keine Rede. Es handelt sich vielmehr nur um ein Benutzungsrecht an der Grabstätte, das aber durch die ganze Natur und durch die an dem betreffenden Orte herrschenden Sitten und Gebräuche und die maßgebenden Ordnungen und Verfassungen eng begrenzt ist. Es enthält nur das Recht, Beerdigungen auf dem Platze vorzunehmen oder Aschenreste beizusetzen[3]) und den Platz angemessen auszuschmücken und zu unterhalten, event. ein passendes Grabmal zu errichten. Dieses Benutzungsrecht, über dessen Umfang der Berechtigte meist eine Urkunde von dem Friedhofseigentümer erhält,[4]) wird gegen Zahlung einer Gebühr verliehen, teils auf Zeit — meist auf die Dauer von 30 Jahren, nach deren Ablauf gegen Zahlung einer sogen. Rekognitionsgebühr die Benutzungsdauer verlängert werden kann, andernfalls das Benutzungsrecht erlischt und der Platz nach Ablauf der gesetzlichen Ruhefrist der zuletzt bestatteten Leiche anderweitig von dem Friedhofseigner verwandt werden kann —, teils auf „ewig“, d. h. auf die Benutzungsdauer des Friedhofs.[5]) (Im letzten Fall ist die Gebühr natürlich höher). Hiernach ist also die Bezeichnung Eigentumsgrab irreführend, auch kann von einem Kauf eines Familiengrabs keine Rede sein, weil ja die Absicht der Eigentumsverschaffung fehlt.

Wenn auch die Verleihung des Grabbenutzungsrechts eine

---

[1]) Ein Anspruch fremder Erben an dem Erbbegräbnis besteht nur dann, wenn sich die Verleihung ausdrücklich auf sie erstreckte. Dernburg, Erbrecht S. 352 und JMBl. 1842 S. 7; Leonhard zu § 1922 S. 7.

[2]) Ebenso schon im preußischen Recht; vgl. JMBl. 1842 S. 7.

[3]) RG. in DJZ. 1901 S. 163 Nr. 20 und die neuere Entscheidung des RG. in JurW. 1909 S. 410.

[4]) vgl. § 27 der Frankfurter Friedhofsordnung.

[5]) §§ 8 u. 9 der Frankfurter Friedhofsordnung.

gewisse Ähnlichkeit mit der Miete eines Grundstücks hat, so ist doch andererseits offensichtlich, daß die weitaus meisten Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Miete auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finden, es sich demnach nicht um Miete handeln kann. Während bei der Verleihung eines Erbbegräbnisses die Absicht der Parteien auf eine dauernde Gebrauchsüberlassung des Platzes zur Beerdigung gerichtet ist, ist bei der Miete die zeitliche Begrenzung der Überlassung begriffswesentlich.

Der Angelpunkt der ganzen Frage ist, ob das Grabbenutzungsrecht dinglich oder obligatorisch ist.[1]) Denn abgesehen von den verschiedenen Konsequenzen in den von Josef[2]) erörterten Fällen — wenn die Gemeinde den Kirchhofsteil, auf dem sich der dem Erbbegräbnisberechtigten zugewiesene Platz befindet, veräußert, oder dieser Platz durch ein Versehen eines Friedhofsbeamten einem dritten überlassen und von diesem zur Beerdigung benutzt wird — ist die Entscheidung, ob dinglich oder obligatorisch, von der weittragendsten Bedeutung für die Frage, wem die auf dem Begräbnisplatz errichteten Denkmäler, Einfassungen und Pflanzen usw. gehören.

Nach dem Vorbehalt des Art. 133 EG. z. BGB. bleiben „unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften über das Recht zur Benutzung[3]) eines Platzes (in einem dem öffentlichen Gottesdienst gewidmeten Gebäude oder) auf einer öffentlichen Begräbnisstätte".[4])

Nach dem preußischen Recht, und zwar nach den allgemeinen Vorschriften des allgem. Landrechts war das Grabbenutzungsrecht ein dingliches Recht, sobald der Berechtigte im Besitze des ihm

---

[1]) Das Folgende findet entsprechend auch auf die Reihengräber Anwendung.

[2]) Recht 1903 S. 92.

[3]) Hier im weiteren Sinne zu verstehen. Auch der im einzelnen Fall gerechtfertigte Anspruch auf Ausgrabung von Gebeinen und die damit in Verbindung stehenden Rechtsfragen fallen darunter. Vgl. RG. Bd. 71 S. 22 und OLG. Bd. 16 S. 262 ff.

[4]) Wichtig die Entscheidung des RG. Bd. 71 S. 22, nach welcher jeder Friedhof, der für einen größeren Kreis von Menschen zur Benutzung dargeboten wird, als öffentliche Begräbnisstätte im Sinne von Art. 133 anzusehen ist, selbst wenn er das Unternehmen eines Privatvereins ist.

verliehenen Platzes war, ohne Unterschied, ob eine Beisetzung auf der Grabstelle bereits stattgefunden hatte oder nicht. Diesen Standpunkt vertritt auch das Reichsgericht in einer Entscheidung Bd. 8 S. 200 ff.[1])

Besondere Vorschriften hierüber hatte das preuß. allgem. Landrecht nicht, außer den Bestimmungen über das Eigentum an Kirchhöfen, über die Unzulässigkeit von Beerdigungen in Kirchen, über das Recht auf ehrliches Begräbnis und die Pflicht der im Staate aufgenommenen Kirchengesellschaften der verschiedenen Religionsparteien, einander wechselweise in Ermanglung eigener Kirchhöfe das Begräbnis zu gestatten, ferner darüber, daß der Erbbegräbnisberechtigte und der Patron unter gewissen Voraussetzungen bei Verlegung der Erbbegräbnisse aus den Kirchen auf die Kirchhöfe einen unentgeltlichen Anspruch auf ein neues Erbfamilienbegräbnis haben sollten.[2])

Es fragt sich nun, ob der Vorbehalt des Art. 133 Platz greift und somit die Beurteilung des Grabbenutzungsrechts nach dem preuß. allgem. Landrecht zu erfolgen hat oder nicht. Um dies beurteilen zu können, ist es nötig, zur Frage über das Verhältnis des Bürgerlichen Gesetzbuchs, also des Reichsrechts, zum Landesrecht Stellung zu nehmen.

Hierbei ist zu beachten, daß das Bürgerliche Gesetzbuch eine Kodifikation des gesamten Privatrechts darstellt, und daß dieses Kodifikationsprinzip dem Landesrecht gegenüber regelmäßig durchgeführt ist. Der Art. 55 EG. z. BGB. sagt hierüber: „Die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze treten außer Kraft, soweit nicht in dem Bürgerlichen Gesetzbuch oder in diesem Gesetz ein anderes bestimmt ist“. Nach EG. z. BGB. Art. 56—152 sind eine Reihe von Rechtsmaterien ganz oder teilweise dem Landesrecht vorbehalten. Zu den Vorbehalten, die die landesrechtlichen Vorschriften in ihrem vollen Umfange aufrechterhalten, gehört

---

[1]) Ebenso auch Wittken a. a. O. S. 666 ff.; Stobbe a. a. O. S. 597 N. 2; Koch, Komm. z. preuß. ALR. II, 11 § 185 N. 88; scheinbar anderer Ansicht Kramer a. a. O. S. 48.

[2]) vgl. preuß. ALR. II, 11 §§ 183—190 u. 591.

auch der hier in Frage stehende Art. 133 EG.[1]) Ausdrücklich sei aber hervorgehoben, daß alle Vorbehalte, auch die weitgehendsten, sich nur auf die besonderen landesgesetzlichen Vorschriften erstrecken. Soweit aber solche über die vorbehaltene Materie nicht vorhanden sind, tritt ergänzend das Bürgerliche Gesetzbuch ein, nicht etwa z. B. die allgemeinen Vorschriften des preuß. allgem. Landrechts.[2]) Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Vorbehalte: „unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über . . .", bestätigt sich aber auch, wie Enneccerus[3]) mit Recht ausführt, „durch die Erwägung, daß ein Gesetz, das Rechtseinheit soweit tunlich herbeiführen will, nicht gesonnen sein kann, für das große Gebiet der Vorbehaltsmaterien das gesamte allgemeine Landesrecht der fünf Rechtsgebiete bestehen zu lassen".

Hiernach treten also mangels besonderer Vorschriften des preuß. allgem. Landrechts für die Beurteilung der rechtlichen Natur des Grabbenutzungsrechts die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein. Nach diesen ist ausgehend von dem das Sachenrecht durchziehenden Offenheitsprinzip das Nutzungsrecht an einem Grundstück nur dann dinglich, wenn es ins Grundbuch eingetragen ist. Da aber in den weitaus meisten Fällen bei dem Erwerb eines Erbbegräbnisses eine Eintragung ins Grundbuch nicht erfolgt, so ist dieses Recht nur ein persönliches (schuldrechtliches).[4])

---

[1]) Ebenso Planck zu Art. 133; vgl. auch die Mot. z. EG. z. BGB. Art. 72 S. 196.

[2]) Allerdings ist die Landesgesetzgebung auch berechtigt, innerhalb des Vorbehalts die Materien abweichend vom BGB. neu zu regeln.

[3]) Bd. 1 § 14 N. 5.

[4]) So wohl jetzt die herrschende Meinung; vgl. auch § 8 der erwähnten Elberfelder Friedhofs- und Begräbnisordnung: „Der Ankauf von Eigentumsgräbern gewährt kein Eigentums- oder sonstiges dingliches Recht, sondern nur das Benutzungsrecht nach den Bestimmungen der Friedhofsordnung". Anderer Ansicht Dernburg, Sachenrecht S. 35; zweifelhaft der Standpunkt des KG. in KGBl. Bd. 26 S. 111. Das RG. Bd. 71 S. 22 läßt die Entscheidung, ob dinglich oder obligatorisch, merkwürdigerweise offen. Auch nach Gareis (Seufferts Bl. f. RA. Bd. 70 S. 312) ist das Grabbenutzungsrecht zweifellos nur ein persönliches Recht. Er begründet aber seine Ansicht nicht näher, scheint auch nicht von

Sobald dem Erwerber eines Grabrechts ein Platz von seiten des Friedhofseigners angewiesen worden ist und er sich mit dieser Zuweisung einverstanden erklärt hat, hat der Erwerber auch als Inhaber der tatsächlichen Gewalt Besitz an dem Grab (§ 854 BGB.) und genießt daher Besitzschutz nach §§ 859 ff.[1])

3. Nachdem wir diese Grundlage gewonnen haben, können wir uns der Frage nach den Rechtsverhältnissen an den Grabdenkmälern,[2]) Einfassungen und Pflanzen auf den Gräbern zuwenden. Bänke, die lose hingestellt werden, bleiben im Eigentum desjenigen, der sie auf das Grab gebracht hat.

Das Recht, auf den Gräbern Grabdenkmäler, Kreuze usw. zu errichten bezw. das Grab durch Einpflanzung von Blumen und Bäumen auszuschmücken, ist, wie bereits oben erwähnt wurde, Inhalt des Grabbenutzungsrechts. Mangels besonderer landesgesetzlicher Vorschriften, die unter den Vorbehalt des Art. 133 zu rechnen wären, sind auch diese Rechtsverhältnisse nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu beurteilen. Hiernach sind die Grabsteine und Einfassungen als mit dem Grund und Boden festverbundene Sachen sowie die eingesäten und eingesetzten Pflanzen wesentliche Bestandteile des Grundstücks (§ 94 Abs. 1 BGB.), die gemäß § 946 im Eigentum des Friedhofseigentümers stehen, es sei denn, daß die Voraussetzungen des § 95 Abs. 1 gegeben sind. Nach dieser Vorschrift gehören nämlich solche Sachen nicht zu den Bestandteilen eines Grundstücks, wenn sie *nur zu einem vorübergehenden Zweck* mit dem Grund und Boden verbunden sind. Das gleiche gilt von *Gebäuden* oder anderen Werken, *die in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück* von dem Berechtigten mit dem Grundstück verbunden werden.

derselben Schlußfolgerung wie wir oben auszugehen. Denn sonst läge meines Erachtens in seiner Stellungnahme zu der Frage nach den Eigentumsverhältnissen am Grabdenkmal usw. eine Inkonsequenz.

[1]) Ebenso *Josef* im Recht 1903 S. 93; anderer Ansicht *Gareis* in Seufferts Bl. f. RA. Bd. 70 S. 313.

[2]) Es kommen natürlich hier nur solche Grabdenkmäler in Frage, deren Errichtung eine Fundation nötig macht, so daß sie als mit dem Grund und Boden festverbunden anzusehen sind. Kleine, unbedeutende Holzkreuze, die lose in den Boden gesteckt werden, scheiden in der folgenden Betrachtung aus.

Was die erste Ausnahme anbelangt, so trifft diese im vorliegenden Fall nicht zu. Denn es liegt auf der Hand, daß derjenige, welcher auf einem Grabe Herstellungen der erwähnten Art vornimmt, diese nicht nur zu einem vorübergehenden Zweck anbringt, vielmehr meistens eine Verbindung herstellt, die für viele Jahrzehnte, häufig auf unabsehbare Zeit bestehen soll.

Auch die zweite Ausnahme greift nicht Platz. Denn wie wir oben wohl einwandfrei festgestellt haben, ist das Grabbenützungsrecht nur ein obligatorisches Recht. Die Vorschrift des § 95 Abs. 1 Satz 2 faßt aber nur ein dingliches Recht (an einem fremden Grundstück) ins Auge.[1])

Folglich ist der Friedhofseigner auch Eigentümer der erwähnten Gegenstände auf den Gräbern. Hieraus erklärt sich auch die Unpfändbarkeit des Grabsteins von seiten der Gläubiger des Grabbenützungsberechtigten, soweit sich diese nicht schon aus § 811 Ziff. 13 ZPO. ergibt. Denn das Wesen der Pfändung geht auf Veräußerung und Verwertung des gepfändeten Gegenstandes (§§ 803 ff. ZPO.). Als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks kann aber der Grabstein, solange die Verbindung dauert, nicht für sich allein veräußert werden.[2])

Wenn Gareis[3]) behauptet, daß diese Gegenstände im Eigentum des sie mit dem Grabe verbindenden und sie dort aufstellenden bisherigen Eigentümers blieben, da die im allgemeinen Teil und Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs enthaltenen Vorschriften hier nicht zur Anwendung kämen, so ist dies nicht richtig. Zuzugeben ist zwar, daß tatsächlich die meisten Friedhofsordnungen von diesem Gedanken ausgehen, wie Gareis an Beispielen zeigt Auch die von mir mehrfach erwähnten Ordnungen scheinen auf diesem Standpunkt zustehen.[4]) Die Bestimmungen der Friedhofsordnungen werden zwar mit Abschluß des Vertrages über das

---

[1]) vgl. Mot. Bd. 3 S. 48; Prot. Bd. 3 S. 10; Enneccerus Bd. 1 § 118 S. 289.

[2]) vgl. Enneccerus Bd. 1 § 118 II, 2 S. 290.

[3]) Seufferts Bl. f. RA. Bd. 70 S. 315.

[4]) Nach §§ 11 u. 29 der Frankfurter Friedhofsordnung sind die auf den Gräbern befindlichen gärtnerischen Anlagen und Denkmäler in gutem Zustand zu erhalten, wozu die Berechtigten nötigenfalls aufzufordern sind. Kommen sie dann

Grabbenützungsrecht Teil des Vertrages. Da sie aber nicht etwa als landesgesetzliche Vorschriften im Sinne des Art. 133 EG. z. BGB. aufzufassen sind, sind sie auch nicht imstande, die zwingenden Vorschriften der §§ 93, 94, 95, 946 BGB. im Wege der Vereinbarung auszuschließen oder abzuändern.[1])

Wenn in Friedhofs- und Begräbnisordnungen trotzdem vom Eigentum des Grabberechtigten an dem Grabstein usw. die Rede ist, so tragen diese Bestimmungen nur einer allerdings rechtsirrtümlichen Volksanschauung Rechnung. Denn die Berechtigten halten sich für Eigentümer des Grabsteins genau so, wie sie sich für Eigentümer des Begräbnisplatzes halten. In Wirklichkeit bedeuten diese Vorschriften aber weiter nichts, als daß die Friedhofseigner durch sie in verstärktem Maße ihre obligatorische Verpflichtung zum Ausdruck bringen und anerkennen wollen, jegliche Änderung in der Art der Bepflanzung, die Wegnahme sowie den Ersatz von Grabmälern und Einfassungen zu gestatten — natürlich muß der Berechtigte erst die Zustimmung des Friedhofseigentümers einholen —, soweit dies in rechtmäßiger und zweckdienlicher Ausübung des Benützungsrechts geschieht, und daß mit der Entfernung der Gegenstände aus dem Grund und Boden der Berechtigte wieder Eigentümer werden soll (§ 956 BGB.). Aber selbst wenn Bestimmungen der erwähnten Art in den Ordnungen nicht vorhanden wären, würde die gleiche Gestattungspflicht die Friedhofseigentümer treffen, da sie als der heutigen Sitte und dem Gebrauch entsprechend als stillschweigend vereinbart gilt. Man könnte dieses Wegnahmerecht etwa vergleichen mit dem Wegnahmerecht des Mieters nach § 547 Abs. 2 Satz 2.

Wenn man sich nun die Frage vorlegt, ob de lege ferenda eine Änderung des bestehenden Rechts zugunsten des Errichters eines Grabsteins usw. am Platze wäre — auf Grund des Art. 133 EG. z. BGB. könnte es sogar im Wege der Landesgesetzgebung geschehen —, so ist dies m. E. zu verneinen, denn ein Bedürfnis hierzu liegt nicht vor, da einem Mißbrauch von seiten des ding-

---

der Aufforderung nicht nach, so „gehen die Denkmäler, Anlagen usw. in das Eigentum der Stadt über". Ähnlich § 9 der Elberfelder Ordnung.

[1]) Wie hier Josef im Recht 1903 S. 95 u. 96.

lich berechtigten Friedhofseigentümers immer das obligatorische Recht des Benützungsberechtigten entgegensteht.

Bei Beschädigungen eines Grabes oder des Grabsteins hat der Inhaber des Grabbenutzungsrechts einen Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger, und zwar aus § 823 Abs. 1, wenn man mit Enneccerus[1]) den Besitz als ein „sonstiges Recht" ansieht; andernfalls läßt sich dieser Anspruch aus § 823 Abs. 2 mit § 858 herleiten. Ging die Beschädigung von dem Friedhofseigentümer aus, so hat der Berechtigte aus dem Vertrag einen Anspruch auf Unterlassung und auf Wiederherstellung des früheren Zustandes gemäß § 241 bezw. § 249.[2])

Was über den Grabstein und die Pflanzen gesagt ist, gilt auch von dem Sarg und den dem Toten ins Grab mitgegebenen Sachen. Was diese anbetrifft, so sei an die Vorschrift im römischen Recht erinnert, wonach es verboten war, wertvolle Gegenstände ins Grab mitzugeben (l. 5 § 3 D. 48, 13). Heute steht dem zwar nichts mehr entgegen, die Gläubiger können jedoch dagegen Einspruch erheben, wenn eine Gefährdung ihrer Ansprüche zu befürchten ist.

Wird der Sarg in einer Gruft oder einer Kapelle beigesetzt, so geht er nicht in das Eigentum des Friedhofseigentümers über, bleibt vielmehr im Eigentum des Erben, da die Vorschriften der §§ 93 ff. BGB. hier nicht zutreffen. Das gleiche gilt von Urnen, die in Urnenhallen (meist in einzelnen Kammern) beigestellt sind.

---

[1]) Bd. 1 Abt. 2 § 441 I, 1 c S. 594.

[2]) vgl. Josef im Recht 1903 S. 93.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Am 16. Februar 1891 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Heinrich Ludwig Wüst und seiner Ehefrau Elisabeth geborene Steinbrenck zu Offenbach am Main geboren. Von Ostern 1897 bis Ostern 1903 besuchte ich die Vorschule und das Gymnasium zu Offenbach, von Ostern 1903 bis Ostern 1909 das Kaiserin-Friedrich-Gymnasium zu Homburg vor der Höhe und erhielt Ostern 1909 das Reifezeugnis. Dann studierte ich vom Sommersemester 1909 bis Sommersemester 1910 in Heidelberg, im Wintersemester 1910/11 in Berlin und vom Sommersemester 1911 bis Sommersemester 1912 in Marburg. Am 25. September 1912 bestand ich in Cassel das Referendarexamen und bin seit dem 9. Januar 1913 bei dem Amtsgericht in Lennep beschäftigt.